

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA LUÍSA SEVEGNANI

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB A  
ÓTICA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NO BRASIL**

FLORIANÓPOLIS

2018

ANA LUÍSA SEVEGNANI

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB A  
ÓTICA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à banca examinadora do  
Curso de Graduação da Universidade  
Federal de Santa Catarina como requisito  
parcial à obtenção do título de Bacharel  
em Direito.

Orientador: Professor Doutor José Sérgio  
da Silva Cristóvam

FLORIANÓPOLIS

2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Sevegnani, Ana Luísa

A efetividade do direito fundamental à saúde sob a ótica  
do princípio da subsidiariedade no Brasil / Ana Luísa  
Sevegnani ; orientador, José Sérgio da Silva Cristóvam,  
2018.

124 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -  
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências  
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direitos fundamentais. 3. Saúde . 4.  
Princípio da subsidiariedade. 5. Efetividade. I. Cristóvam,  
José Sérgio da Silva . II. Universidade Federal de Santa  
Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

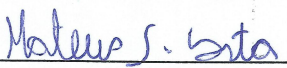
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A efetividade do direito fundamental à saúde sob a ótica do princípio da subsidiariedade no Brasil”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “Ana Luísa Sevegnani”, defendido em **05/12/2018** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2018.

  
\_\_\_\_\_  
**José Sérgio da Silva Cristóvam**  
Professor Orientador

  
\_\_\_\_\_  
**Mateus Stallivieri da Costa**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Denise Pinheiro**  
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**  
**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): Ana Luísa Sevegnani

RG: 5.888.476

CPF: 089.426.079-00

Matrícula: 14101502

Título do TCC: A efetividade do direito fundamental à saúde sob a ótica do princípio da subsidiariedade no Brasil

Orientador(a): José Sérgio da Silva Cristóvam

Eu, Ana Luísa Sevegnani, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 5 de dezembro de 2018.

Ana Luísa Sevegnani  
Ana Luísa Sevegnani

## **AGRADECIMENTOS**

Todas as ações que realizamos, sejam positivas ou negativas, especialmente aquelas que exigem maior esforço, são o resultado de diversas influências que temos a nossa volta, de nossas convivências e relações sociais. Como já dizia Herman Melville, “não podemos viver apenas para nós mesmos. Mil fibras nos conectam com outras pessoas; e por essas fibras nossas ações vão como causas e voltam pra nós como efeitos.” Tenho certeza que, da mesma forma, este trabalho decorre em grande parte de pessoas que sempre estiveram comigo, me apoiaram em meus momentos mais importantes, de alegrias e frustrações, as quais presto meus sinceros agradecimentos.

Agradeço primeiramente aos meus pais, que sempre me incentivaram a perseguir meus objetivos, a aproveitar as oportunidades e que não economizaram esforços para que eu concluísse o curso de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Agradeço ao meu pai, que também foi meu amigo, professor e companheiro nessa jornada, sempre sendo um exemplo de dedicação e esforço. À minha mãe, que em diversas ocasiões deixou de lado seus compromissos diários para me visitar em Florianópolis e me apoiar em todos os momentos. Ao meu irmão Gabriel, por todos esses anos me aturando como sua irmã mais velha, mesmo me incomodando, sei que não seria a mesma pessoa sem a sua companhia em nossas aventuras. Aos meus demais familiares, que sempre torceram e me incentivaram durante essa caminhada. Espero que um dia eu consiga retribuir a tudo o que vocês já fizeram por mim, por toda a torcida e pelo estímulo para que eu deixasse a minha cidade natal e buscasse novos caminhos na capital.

Não poderia deixar de mencionar os amigos que tive a felicidade de conhecer na Universidade. Com certeza muito mais que abrir os meus olhos para um novo mundo, a UFSC me proporcionou conhecer grandes amigos que com certeza permanecerão comigo durante muito tempo. Em especial, a Luiza e Carol, por todas as nossas vivências, saídas e experiências na faculdade. Vocês me acompanharam durante esse ano difícil, ouviram os meus desabafos e compartilharam as minhas alegrias. Só tenho a agradecer pela parceria durante a graduação. Agradeço também aos meus amigos e colegas de classe, Mayara, Letícia, Vanessa, Alexandre, Débora, Marjorie e todos aqueles que tornaram melhores e mais divertidas as manhãs no CCJ.

Lembro ainda dos amigos que conheci no estágio, dentre eles, Rayni, Henrique e Alexandra, que, apesar de todo o trabalho e da correria enfrentada pela rotina de aulas na faculdade e estágio, tornaram minhas tardes muito melhores, além dos demais amigos que me

acompanham desde Rio do Sul. Agradeço, ainda, aos colegas do Grupo de Estudos em Direito Público (GEDIP), pessoas que tive a honra de aprender e conviver durante os dois últimos anos da graduação. O grupo contribuiu não só para a realização desta pesquisa acadêmica e por um novo olhar ao estudo do Direito Público, mas também me permitiu conhecer novos colegas e grandes profissionais, como Eduardo, Manoella, Mateus, Giovanna e Juliana.

Agradeço imensamente aos membros da banca, Prof.<sup>a</sup> Denise Pinheiro e Prof. Mateus Stallivieri da Costa, por todas as considerações acerca do trabalho, e por terem prontamente aceitado fazer parte desse momento tão importante para a minha formação acadêmica.

Agradeço a todas as pessoas com quem convivi nos dois estágios que tive a oportunidade de realizar durante a faculdade, a Justiça Federal e o Ministério Público Federal. Nesses locais, obtive aprendizados que me auxiliaram muito na minha vida profissional e conheci pessoas que me inspiraram a persistir nessa trajetória.

Faço também um especial agradecimento a todos os professores que já passaram pelo meu caminho, desde a minha infância até o fim da graduação, pelo constante empenho e compromisso em nos ensinar, nos fazer refletir e nos tornar profissionais e pessoas melhores. Agradeço, sobretudo, ao meu professor orientador José Sérgio da Silva Cristóvam, por ter vivenciado a construção desse trabalho desde o início, pelas considerações críticas e por todo o suporte para a adequada conclusão dessa monografia. Cito aqui um trecho do livro *O Mundo de Sofia*, de Jostein Gaarden, no qual o personagem afirma que “tudo depende do tipo de lente que você utiliza para ver as coisas (...). Tudo o que você vê é parte do mundo que está fora de você mesma; mas o modo como você enxerga tudo isto também é determinado pelas lentes dos óculos”. Muito obrigada por me mostrarem uma nova “lente” para enxergar o mundo, por terem me permitido adquirir tantos conhecimentos e reflexões.

Por fim, agradeço a todas as experiências e oportunidades de crescimento, tanto pessoal quanto profissional, que tive nos últimos cinco anos de graduação. Ao vir para a Universidade Federal de Santa Catarina, além de me mudar para Florianópolis em busca de novos objetivos, esse caminho me fez encarar desafios que foram essenciais para elaborar este trabalho. Todas essas convivências e experiências me estimularam a sair do senso comum e a ter outros conhecimentos, o que me fez realmente perceber a importância de sermos constantemente desafiados e questionar o que nos apresenta. Acima de tudo, o maior aprendizado que tive nesse período foi perceber que era exatamente nesse lugar com pessoas diferentes, novas visões e perspectivas, que eu realmente queria estar.

*Nas pequenas lutas, fazem-se grandes ações. Há bravuras persistentes e ignoradas que se defendem corajosamente na sombra contra a invasão fatal das necessidades e torpezas. Nobres e misteriosos triunfos que nenhum olhar vê, que nenhum renome paga, que nenhuma fanfarra saúde. A vida, a desgraça, o isolamento, o abandono e a pobreza, são campos de batalha que também têm seus heróis; heróis obscuros, maiores talvez que muito herói ilustre.*

*(Os Miseráveis – Victor Hugo)*



## SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>5</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>6</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....</b>	<b>12</b>
1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	12
1.2 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.....	20
1.3 O MODELO ATUAL DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	30
<b>2 OS PRINCÍPIOS RELACIONADOS À SAÚDE NA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>39</b>
2.1 A CONSTITUIÇÃO NO PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA.....	39
2.2 NOÇÃO DE PRINCÍPIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO .....	47
2.3 PRINCÍPIOS DELINEADORES DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE .....	56
<b>3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....</b>	<b>71</b>
3.1 A CRISE NO SISTEMA DE SAÚDE NO BRASIL E SUAS IMPLICAÇÕES .....	71
3.2 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE À SAÚDE NO BRASIL: UM CAMINHO POSSÍVEL?.....	81
3.3 OS DESAFIOS À IMPLEMENTAÇÃO DA SUBSIDIARIEDADE AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL .....	91
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>103</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>106</b>

## RESUMO

A presente monografia, elaborada de acordo com o método indutivo, busca avaliar a efetividade do direito fundamental à saúde no contexto político, econômico e social atual em face do disposto no artigo 196 da Constituição Federal, com ênfase no princípio da subsidiariedade, além de outros princípios e teorias previstos no ordenamento jurídico. A questão circunscreve-se ao direito do cidadão a receber tratamentos de saúde adequados e no dever do Estado em conferir-lhe efetividade de modo universal, igualitário e gratuito. Atualmente, a obrigação estatal de conceder a todos meios para a sua fruição, sem qualquer ônus financeiro não permite a sua plena concretização, pois aqueles que propriamente necessitam de amparo ficam, muitas vezes, impossibilitados de obter tratamentos médicos ou fornecimento de medicamentos, devido às limitações orçamentárias que impedem os órgãos públicos de realizarem ações para além da reserva do possível. Isso porque a caracterização da saúde como um direito gratuito a todos atribui demasiada generalidade ao dispositivo constitucional, contrariando o princípio da subsidiariedade. Embora se trate de um direito amplo e que alcança a todos, busca-se demonstrar, a partir da aplicação desse princípio, que a realização de ações e serviços de saúde pode ser modulada segundo a capacidade econômica ou financeira dos seus destinatários, estabelecendo-se critérios objetivos por meio de lei ordinária. A aplicação de tais preceitos permitiria ao Estado concretizar o direito fundamental à saúde com maior eficiência e qualidade a quem efetivamente necessita.

**Palavras-chave:** Direito fundamental à saúde. Princípio da Subsidiariedade. Gratuidade. Efetividade.

## ABSTRACT

The present monograph, elaborated according to the inductive approach, seeks to evaluate the effectiveness of the basic right to health in the current political, economic and social context in light of the provisions of the article 196 of the Federal Constitution, with emphasis on the subsidiarity principle, along with other principles and theories acknowledged by the Brazilian legal system. The issue comprehends the citizen right to be provided with adequate health treatments and the State duty of assuring its effectiveness as a universal, equal and free right. Currently, the State obligation to ensure means that allow its fruition to all individuals, without any financial onus, affects negatively its fulfilment, inasmuch as those who properly need the support have difficulties obtaining health care and medicament supplying, due to the limited budgetary resources that impedes the public organs of achieving actions beyond the “under reserve of the possibilities”. This is justified due to the fact that the characterization of health as a free right to everybody attributes an undue generality to the constitutional mandate, which confronts the subsidiarity principle. Although it refers to an ample right and that encompasses the whole population, the intent is to demonstrate that, based on this principle, the accomplishment of health actions and services can be regulated taking into account the economic or financial capacity of its recipients, in order to establish objective criteria through ordinary law. The application of these precepts would allow the State to implement the basic right to health with efficiency for those who effectively need this guaranty.

**Keywords:** Basic right to health. Subsidiarity principle. Gratuitousness. Effectiveness.

## INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, apresenta estreitas relações teóricas com as áreas do Direito Administrativo e do Direito Constitucional brasileiros, tendo por objeto de estudo a análise da efetividade do direito fundamental à saúde no Brasil sob a ótica do princípio da subsidiariedade no Brasil.

Para a delimitação do tema, parte-se da análise do contexto atual envolvendo o direito fundamental à saúde e a sua baixa concretização conferida pelo Sistema Único de Saúde (SUS), instituído pela Lei 8.080/90, a fim de, com base no princípio da subsidiariedade, buscar a edificação de um novo modelo que promova a concretização da saúde pública no Brasil. Diversas são as controvérsias em relação a sua real aplicação na sociedade brasileira, pois são comuns os casos em que os indivíduos são privados de auferir determinados tratamentos médicos e medicamentos em decorrência da alegação de falta de recursos públicos para dar-lhes efetividade. Nesse sentido, a temática circunscreve-se à compreensão da amplitude e extensão do conteúdo albergado no artigo 196 da Constituição Federal, que dispõe sobre o direito à saúde, sobretudo, sob a ótica da sua aplicabilidade.

Sobre as justificativas do presente trabalho, é essencial ressaltar que a saúde é um dos direitos fundamentais mais reclamados na atualidade, tanto em face do Poder Judiciário quanto em âmbito administrativo, tendo em vista a baixa qualidade com que os serviços são ofertados pelo Estado aos cidadãos. Diante do aumento de demandas envolvendo a concessão de medicamentos e tratamentos médicos, verifica-se, de um lado, uma gratuidade ampla prevista em lei infraconstitucional e, de outro, a capacidade financeira limitada dos entes estatais para arcarem com o seu ônus.

A ênfase a ser abordada refere-se à previsão em seara constitucional de que todos os indivíduos têm o direito de receber tratamentos médicos de modo universal, sendo dever do Estado garantir a máxima efetividade na promoção, proteção e recuperação das ações e serviços de saúde pública. No entanto, em que pese ser estabelecido o dever estatal de que todos devem possuir acesso aos serviços relacionados à proteção da integridade física e psíquica do ser humano, a gratuidade ampla na concretização desse direito pelos entes estatais, tem resultado em sua reduzida efetividade a toda a população, como consequência da limitação de recursos públicos.

Para a adequada análise do tema, levanta-se o seguinte problema: é possível uma remodelação do atual Sistema Único de Saúde (SUS) do Brasil, flexibilizando o modelo de gratuidade ampla, para atribuir uma responsabilidade a cada destinatário dos serviços públicos de saúde, de modo a impor-lhes o ônus do custo da sua prestação, na proporção da capacidade econômica ou financeira de cada um, por meio da alteração da Lei nº 8.080/90, com fundamento no princípio da subsidiariedade?

A hipótese aventada para o equacionamento do problema é que, considerando-se os princípios e regras constitucionais que dispõem sobre o direito fundamental à saúde, não há óbice à instituição, mediante lei, de uma modulação da gratuidade atualmente prevista para os serviços públicos de saúde regulados pela Lei nº 8.080/90, adotando-se como critério balizador a capacidade econômica ou financeira dos seus destinatários e como fundamento o princípio da subsidiariedade. Nesse contexto, sustenta-se que a concretização do direito a prestações positivas relacionadas à saúde, a exemplo da concessão de medicamentos e tratamentos médicos, deve ser oportunizada a todos, mas a sua gratuidade deve restringir-se apenas às pessoas que não possuam capacidade econômica ou condições financeiras para custeá-la, isto é, que comprovem a sua hipossuficiência.

Os temas citados até o momento serão adequadamente aprofundados no decorrer do presente trabalho, utilizando-se o em especial, as seguintes variáveis que compõem a sua teoria de base: o fenômeno chamado de “neoconstitucionalismo”, os direitos fundamentais, a teoria dos princípios, a construção do princípio da subsidiariedade, o princípio da dignidade humana, o princípio da solidariedade social, o princípio da igualdade, a reserva do possível, as escolhas trágicas e os custos dos direitos.

Nesse contexto, o objetivo geral desta monografia é avaliar se há possibilidade de ser promovida uma restrição na gratuidade estabelecida pelo modelo vigente ao direito fundamental à saúde, vez que diversos são os problemas atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro em relação a sua efetivação. A abordagem dessa temática justifica-se em razão das constantes dificuldades do Estado em concretizá-lo àqueles que necessitam fruir desta garantia. Haja vista a importância da efetiva concretização desse direito à parcela da população desprovida de recursos financeiros, a saúde tornou-se, no contexto político e social, um tema amplamente debatido no sentido de conferir-lhe maior proteção e aplicabilidade jurídica.

Para alcançar o resultado delineado no objetivo geral, faz-se necessário desdobrá-lo nos seguintes objetivos específicos: 1) realizar uma contextualização histórica dos direitos

fundamentais, com ênfase para o modelo atual de concretização do direito à saúde no Brasil e como está organizado e estruturado o Sistema Único de Saúde; 2) analisar o princípio da subsidiariedade no ordenamento jurídico brasileiro e demais princípios relacionados à concretização do direito fundamental à saúde; 3) verificar se, diante da crise no sistema de saúde brasileiro, há possibilidade de se estabelecer uma interpretação do artigo 196 da Constituição Federal de modo a conferir a gratuidade no acesso à saúde apenas às pessoas comprovadamente hipossuficientes, ou seja, não portadoras de capacidade econômica ou financeira.

A relevância e atualidade do debate transcendem o domínio acadêmico, visto que permeia desafios enfrentados diariamente pela população carente que necessita dirigir-se ao Poder Público para a obtenção de tratamentos médicos. Por essa razão, o modelo atual de gratuidade do direito à saúde é merecedor de uma profunda reflexão com vistas a contribuir para a sua efetivação pelos entes estatais, procurando-se avaliar caminhos que proporcionem uma redução do *déficit* de qualidade e, por consequência, uma melhoria na qualidade de vida para os cidadãos, em especial, às populações com menor poder aquisitivo. Assim, este estudo, como tema inovador e relevante no ordenamento jurídico, busca relacionar o princípio da subsidiariedade com o direito fundamental à saúde, como alternativa para uma melhor qualidade na prestação dos serviços oferecidos.

O método de abordagem definido para a monografia é o indutivo, e o método de procedimento é o monográfico. A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, a partir de fontes primárias (como legislação constitucional e infraconstitucional brasileira) e secundárias (livros com temas específicos, manuais, artigos de revistas especializadas em suporte físico e digital, outros trabalhos de conclusão de curso, dissertações, teses e outros documentos de acesso digital).

A fim de alcançar o objetivo pretendido, o trabalho foi dividido em três capítulos, que buscam traçar um panorama histórico acerca do direito fundamental à saúde e dos princípios que regem o ordenamento jurídico, até a sua concretização na atualidade. O capítulo inaugural enfatiza a saúde como um direito fundamental de caráter social, passando pela construção histórica dos direitos fundamentais, para posteriormente tratar especificamente do direito fundamental à saúde e o sistema atualmente responsável pela realização de serviços de saúde à população.

Em seguida, o segundo capítulo versa sobre os princípios que delineiam o direito fundamental à saúde, tendo especial enfoque na subsidiariedade, mas também abordando outros

princípios que amparam a temática, como a dignidade humana, a igualdade e a solidariedade social. Será analisado ainda o papel assumido pela Constituição brasileira de 1988, estruturada de acordo com o paradigma neoconstitucionalista e quais são os seus efeitos na teoria dos princípios, para, posteriormente, definir a subsidiariedade e demais princípios relevantes no âmbito da saúde pública.

Por fim, o terceiro capítulo utiliza as noções e elementos dos capítulos anteriores para traçar uma nova forma de compreender a saúde no Brasil, visando a garantir a promoção dos serviços públicos de saúde com qualidade. A finalidade do capítulo final é, a partir da abordagem inicial acerca dos direitos fundamentais e dos princípios que delineiam a saúde no Brasil, analisar a possibilidade de implementar-se um novo sistema de acesso aos serviços e tratamentos de saúde, diante do atual contexto de ineficiência desse direito.

A presente Monografia encerrar-se-á com as Considerações Finais, em que se apresenta inicialmente, segundo uma ordem lógica, uma síntese que resgata os temas que foram tratados durante o estudo e, na sequência, será oferecida uma resposta fundamentada em argumentos coerentes com a ordem jurídica constitucional.

Embora existam posições divergentes acerca do tema, cumpre reconhecer que há um problema concreto de falta de recursos estatais para a concretização da saúde pública a toda a população, conforme estabelecido na Constituição Federal. O direito fundamental à saúde encontra previsão expressa em seara constitucional, mas a sua efetividade encontra-se prejudicada em face de um modelo jurídico-político em que todos os serviços de saúde podem ser concedidos de forma gratuita a todas as pessoas, tanto na seara administrativa quanto perante o Poder Judiciário.

Desse modo, intenta-se demonstrar, a partir de dados e informações atuais, que o modelo hodierno de concretização do direito à saúde não mais se sustenta, devendo-se repensar as políticas públicas e o próprio sistema de fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos. Cabe ressaltar, nessa seara, que o legislador constituinte, ao editar a Constituição de 1988, não inseriu no seu artigo 196 a gratuidade dos serviços de saúde como dever do Estado, estando tal condição prevista apenas no âmbito infraconstitucional, pela Lei nº 8.080/90. A discussão não permeia, portanto, uma tentativa de reformar a Constituição para limitar um direito fundamental consagrado, mas sim discutir possibilidades de estabelecer critérios para a sua efetiva concretização, sem importar em violação dos preceitos constitucionais.

Por fim, cabe ressaltar que a aprovação do presente Trabalho de Conclusão de Curso não representa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora, e do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, acerca das ideias ou conclusões nele expostas.



# 1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

## 1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A presente pesquisa parte de uma análise da normatização do direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no texto constitucional. Sendo a prestação de serviços de saúde um direito fundamental garantido aos cidadãos, cabe analisar inicialmente o modo como foram construídos os direitos fundamentais, sua definição e eficácia no ordenamento jurídico brasileiro.

Em razão da transformação dos direitos fundamentais ao longo da história do constitucionalismo, há dificuldades teóricas em defini-los de forma precisa, sendo utilizadas diversas expressões, tais como direitos naturais, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais e direitos fundamentais do homem. Nesse contexto, torna-se essencial iniciar a abordagem a partir de um contexto histórico e conceitual acerca dos direitos fundamentais, cujo reconhecimento e proteção constituem a base das constituições democráticas modernas.

Os direitos fundamentais buscam proporcionar, sobretudo, os elementos básicos para uma vida fundada na liberdade e na dignidade humana. Tendo em vista a proteção de bens jurídicos essenciais à convivência dos indivíduos, esses direitos devem estar positivados, da mesma forma, em um instrumento normativo com força vinculativa máxima e que esteja apto a garantir a sua efetivação, qual seja, a Constituição de cada ordenamento jurídico.

Haja vista a sua relevância na ordem instituída, os direitos fundamentais podem ser compreendidos a partir de diferentes concepções, conforme o viés teórico utilizado por cada autor e o período histórico a ser analisado. É possível afirmar, sob uma ótica formal e positivista, que são direitos fundamentais os direitos previstos na legislação vigente como tais, conforme esclarece Konrad Hesse.<sup>1</sup> Da mesma forma, Alexy traz em sua obra um conceito geral e formal sobre os direitos fundamentais, definindo-os como “posições que são tão importantes que a

---

<sup>1</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 225-229.

decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.<sup>2</sup>

No sentido dessa perspectiva, podem ser considerados, de modo geral, como uma forma de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana para os destinatários desses direitos<sup>3</sup>. Diante disso, denota-se que os direitos fundamentais consistem em pretensões analisadas conforme cada momento histórico, mas que, em sentido material, possuem como fundamento basilar o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>4</sup>. Desse modo, apresentam-se como um conjunto de valores objetivos básicos, previstos em sede constitucional, responsáveis por garantir as situações jurídicas subjetivas, tais como a igualdade, a dignidade e a liberdade.<sup>5</sup>

Portanto, os direitos fundamentais possuem como objetivo criar e manter as condições elementares para assegurar condições de vida baseadas na liberdade e na dignidade humana. Essas circunstâncias, segundo destaca Hesse, fazem com que os direitos fundamentais protejam não apenas direitos subjetivos dos indivíduos, mas também princípios objetivos básicos do Estado Democrático de Direito.<sup>6</sup> Buscam, ao mesmo tempo, garantir a liberdade individual e restringir o poder estatal, possuindo especial função no processo democrático.

Carl Schmitt, de outro modo, estabeleceu dois critérios distintos para a análise dos direitos fundamentais: a) o primeiro refere-se a um critério formal, segundo o qual os direitos fundamentais seriam aqueles assim descritos no texto constitucional e que estejam em conformidade com a Constituição vigente, sendo imutáveis ou de difícil modificação; b) o segundo parte de uma concepção material, em que os direitos fundamentais podem ser alterados de acordo com a ideologia e a modalidade do Estado, variando em conformidade com os valores e princípios estabelecidos.<sup>7</sup>

Os direitos fundamentais do homem, conforme ressalta Bobbio<sup>8</sup> em sua obra constituem, sobretudo, uma classe variável, visto que os direitos considerados relevantes em determinadas sociedades sofreram diversas modificações ao longo da história. Conforme os interesses, as classes dominantes e as transformações técnicas e sociais, direitos anteriormente

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 447.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 71.

<sup>4</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. In: BRANCO, Paulo Gustavo Tonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 140.

<sup>5</sup> LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editora Tecnos, 1995, p. 20.

<sup>6</sup> HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33-40.

<sup>7</sup> SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. Durham: Duke University Press, 2008, p. 199-209.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18-19.

considerados absolutos, como a propriedade, passaram a ser limitados nas declarações de direitos dos séculos seguintes. Conclui-se, desse modo, que os direitos fundamentais são relativos, visto que não é possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente mutáveis.

Embora existam diferentes definições para o termo, segundo a obra de Martins Neto, é essencial compreender que os direitos fundamentais compõem parcela dos direitos dotada de um caráter privilegiado, em razão das garantias contra eventual modificação ou redução. Em um primeiro aspecto, compreendem limites materiais à Constituição, uma vez situados em nível máximo de hierarquia normativa e assegurado por mecanismos de controle de constitucionalidade, caracterizando-se como direitos indisponíveis ao legislador ordinário. Haja vista a sua supremacia, isso significa que, em seu conteúdo, são imunes à abolição.<sup>9</sup>

Em um segundo aspecto, nos ordenamentos que possuem uma constituição rígida, que são a maioria, os direitos fundamentais servem como limitação ao Poder Constituinte Reformador, através da existência cláusulas pétreas que resguardam a sua redução significativa ou da exigência de um procedimento legislativo diferenciado em relação àquele destinado à modificação das normas comuns.<sup>10</sup> A Constituição Federal de 1988 adota ambos os mecanismos nos §2º e §64º do artigo 60.<sup>11</sup>

Em relação à natureza e a eficácia dos direitos fundamentais, Afonso da Silva ressalta que constituem situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas em direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Ao assumirem efetivamente o status de normas positivas constitucionais, sua natureza passa a ser constitucional, por serem elementos essenciais e partes integrantes da constituição de um país.<sup>12</sup>

Conforme a doutrina moderna, os direitos fundamentais possuem características inerentes à sua condição, determinando a sua essencialidade e especificidade como garantias aos indivíduos. Em uma perspectiva jusnaturalista, todavia ainda adotada no ordenamento

---

<sup>9</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais:** conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 80-84

<sup>10</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais:** conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 80-84.

<sup>11</sup> “Artigo 60 (...) § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 181.

jurídico atual, os direitos fundamentais são, essencialmente: inalienáveis, imprescritíveis, invioláveis, históricos (ou relativos) e irrenunciáveis.<sup>13</sup>

A historicidade perpassa pelas diversas transformações que determinam os direitos fundamentais, os quais modificam-se, desaparecem, reaparecem ou são criados conforme o momento histórico.

A inalienabilidade protege o núcleo principal dos direitos fundamentais, fazendo com que não sejam livremente transferíveis e negociáveis, o que os difere dos direitos comumente conferidos à sociedade. A imprescritibilidade tornam essenciais esses direitos pela mera condição de existirem no ordenamento jurídico, não sendo necessários requisitos especiais que gerem a sua prescrição, visto serem sempre exigíveis. A irrenunciabilidade significa dizer que o particular pode deixar de exercer um direito fundamental, mas não renunciar a sua titularidade. Sendo considerados como garantias fundamentais contra os abusos cometidos pelo Estado e elementos fundantes da ordem democrática, é compreensível que os direitos fundamentais não estejam à disposição de seus titulares, tendo em vista a sua relevância no ordenamento jurídico atual.<sup>14</sup>

Infere-se ainda que os direitos fundamentais não podem ser considerados como absolutos, uma vez que devem ser relativizados em conformidade com os limites fáticos e jurídicos impostos pelo ordenamento jurídico.<sup>15</sup> Essas limitações devem ater-se ao necessário para a proteção do bem jurídico tutelado, mantendo uma relação de proporcionalidade com o significado do direito fundamental analisado.<sup>16</sup>

Ademais, em que pese a relevância cada vez maior conferida aos direitos fundamentais pelas constituições e declarações internacionais de direitos, a validade universal dos direitos fundamentais, conforme destaca Hesse, não significa uma uniformidade.<sup>17</sup> Isso porque o conteúdo concreto e a significação conferida em determinados Estados pode ser alterada e depende diretamente de fatores históricos e culturais manifestados pelo povo.

---

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 182-183.

<sup>14</sup> SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 128-130.

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Tonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 192-195.

<sup>16</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 256.

<sup>17</sup> HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24-26.

A partir de cada período histórico ou etapa da evolução da humanidade, decorre o reconhecimento e a conquista de novos direitos. As declarações internacionais e convenções de direitos, as quais consagram os direitos fundamentais conhecidos atualmente, são relativamente recentes. Antes do surgimento desses documentos, cabe ressaltar a Idade Média como relevante antecedente das declarações de direitos, baseada na teoria do direito natural que propôs leis aptas a restringir o poder do monarca, além de proporcionar a origem do humanismo. Durante esse período, conferia-se a proteção a direitos estritamente individuais, buscando-se concretizar garantias como o direito à segurança, ao domicílio e à propriedade.<sup>18</sup>

Na Inglaterra, foram elaboradas cartas assecuratórias de direitos fundamentais essenciais para a posterior implementação dessas garantias através das declarações de direitos, tais como a Magna Carta, de 1215, a *Petition of Rights*, de 1628, e o *Bill of Rights*, de 1688. Apesar das restrições desses textos em comparação com as previsões dos séculos XVIII e XIX, tais cartas iniciaram a formação de regras consuetudinárias visando à proteção dos direitos fundamentais, como as liberdades concedidas pelo monarca aos seus súditos, limitando os seus poderes, e a supremacia do Parlamento.<sup>19</sup>

A fim de compreender o contexto histórico envolvendo a concepção atual acerca dos direitos fundamentais, previstos em seara constitucional, tais garantias efetivamente desenvolveram-se com a criação documentos que primavam pela positivação de direitos considerados inerentes ao homem, quais sejam, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776. Ademais, pode-se afirmar que o cristianismo, ao abordar a ideia de uma dignidade intrínseca ao homem, e as Teorias Contratualistas dos séculos XVII e XVIII, estabelecendo a ideia de que alguns direitos são anteriores à existência do próprio Estado como resultado da própria natureza humana, constituem um embrião para o surgimento da concepção dos direitos fundamentais como são atualmente concebidos.<sup>20</sup>

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, importante marco histórico para a análise dos direitos fundamentais, foi concebido na França como uma reação ao Antigo Regime absolutista, sendo estabelecido, em oposição, a liberdade dos indivíduos para

---

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 152-153.

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 154-155.

<sup>20</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Tonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 135-138.

a expressão de sua vontade, a igualdade de todos perante a lei, a soberania da nação face à escolha de seus governantes, entre outros. Tal documento visava, como contraposição ao governo monarquista anterior, à garantia das liberdades individuais e da igualdade do povo diante das atrocidades cometidas naquele regime, em que pese as falhas iniciais na adoção desse modelo.<sup>21</sup>

A Declaração de Virgínia, do mesmo modo, também manifesta a sua relevância para a concretização dos direitos fundamentais. Esta tratava precipuamente da situação das antigas colônias inglesas e dos interesses das comunidades recentemente independentes. Destaca-se que, enquanto a Declaração Francesa de 1789 mostra-se como abstrata e com caráter universal, a Declaração de Virgínia preocupa-se com a situação concreta e com os interesses das comunidades locais.<sup>22</sup>

Portanto, a primeira noção acerca da previsão expressa dos direitos fundamentais foi, conforme destaca Canotilho, baseada essencialmente na ideia de um direito natural e jusnaturalista. Tendo em vista que, na época, a principal preocupação da sociedade referia-se à proteção de primazias de ordem individual, os direitos concebidos como essenciais ao homem eram aqueles que visavam resguardar sua personalidade individual. O Estado, nestes moldes, responsabilizava-se apenas por permitir a consecução desses direitos, e não por intervir na execução dos anseios coletivos.<sup>23</sup>

Ademais, para fins didáticos, em que pesem as críticas envolvendo a classificação a ser apresentada, os direitos fundamentais podem ser divididos em diferentes gerações ou dimensões, conforme as características apresentadas pelos direitos fundamentais no decorrer de cada período histórico. Os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, direitos civis e direitos políticos, os primeiros a serem consolidados nas constituições e declarações de direitos. Estes constituem, essencialmente, uma garantia de titularidade do indivíduo contra o abuso do poder estatal, constituindo faculdades ou atributos da própria pessoa.<sup>24</sup>

Em seguida, os direitos de segunda geração surgem especificamente no século XX, tendo em vista que o simples direito à liberdade dos cidadãos tornou-se insuficiente para conter

---

<sup>21</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 207-208.

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 156-157.

<sup>23</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 16-19.

<sup>24</sup> SCHÄEFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário, uma proposta de compreensão**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 30-31.

os crescentes problemas sociais e reivindicações da população. Enquanto os direitos de primeira geração são direitos de defesa e nascem sob uma perspectiva individualista, os direitos de segunda geração traduzem-se em direitos de participação, oriundos das revoluções sociais e políticas. Consistem, basicamente, nos direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, com base no princípio da igualdade, motivando o surgimento do chamado Estado de Bem-Estar Social.<sup>25</sup> Estes requerem uma política ativa dos poderes públicos para a efetiva garantia de exercício e concretização de suas prestações.<sup>26</sup> Considera-se, ainda, que, se os direitos civis e políticos de primeira geração estão relacionados à liberdade, os direitos de segunda geração são entendidos como direitos de igualdade.<sup>27</sup>

A terceira geração de direitos fundamentais está assentada, conforme destaca Karel Vasak, na fraternidade<sup>28</sup>, não se restringindo apenas à proteção conferida aos direitos individuais e coletivos. Baseado na humanidade e universalidade, surge no século XX uma constante preocupação com o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito à comunicação, os quais não se classificam como individuais ou coletivos.<sup>29</sup> Já Etienne-Richard Mabaya, caracteriza os direitos de terceira dimensão com base na solidariedade.<sup>30</sup>

A partir da globalização e da difusão de informações na era tecnológica, política, econômica e jurídica, autores como Paulo Bonavides e Norberto Bobbio sustentam a existência

<sup>25</sup> Nesse ponto, insta ressaltar que o Estado de Bem-Estar Social busca garantir padrões mínimos de renda, saúde, moradia, alimentação e educação a todos os cidadãos como um direito político, e não como forma de caridade (WILENSKY, Harold L. **The Welfare State and Equality: structural and ideological roots of public expenditures**, Los Angeles: University of California Press, 1975, p. 1-3). Surgido no início do século XX, diante da insuficiência do modelo liberal de Estado, afetado pela Segunda Guerra Mundial e Crise de 1929, “o que distingue o Estado assistencial de outros tipos de Estado não é tanto a intervenção direta das estruturas públicas na melhoria do nível de vida da população quanto o fato de que tal ação é reivindicada pelos cidadãos como um direito” (BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Unb, 2004, v. 1, p. 416).

<sup>26</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La tercera generación de derechos humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 27-28.

<sup>27</sup> PISARELLO, Gerardo. **Los Derechos Sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 39-42.

<sup>28</sup> Conforme explica Borgetto, a fraternidade e a solidariedade são institutos complementares. A solidariedade nada mais é que um princípio abrangido por um conceito maior: a fraternidade. Esta abrange não apenas o sentido de auxílio ao próximo, o que caracteriza a solidariedade, mas também inclui a tolerância, a alteridade e o respeito com as demais pessoas. A fraternidade, portanto, é um conceito amplo que abarca a solidariedade, possuindo uma relação de complementariedade (BORGETTO, Michel. **La notion de fraternité en droit public français: le passé, le présent et l'avenir de la solidarité**. Paris: Editeur LGDJ, 1993, p. 613).

<sup>29</sup> VASAK, Karel. **Pour les Droits de l'Homme de la Troisième Génération: les Droits de Solidarité**. Palestra proferida no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, em 2 de julho de 1979.

<sup>30</sup> MBAYA, Etienne-Richard. **Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas**. Palestra proferida no Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, em 30 de novembro de 1995, em São Paulo. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141997000200003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>.

de uma quarta geração de direitos fundamentais. Enquanto Bonavides<sup>31</sup> os define como direitos relacionados à democracia, informação e pluralismo, Bobbio<sup>32</sup> trata dos direitos decorrentes da pesquisa biológica e do patrimônio genético dos indivíduos. Na quinta geração de direitos fundamentais, enfatizou-se o direito à paz, anteriormente considerado como pertencente à terceira geração de direitos fundamentais, sendo considerado um direito essencial à vida e a dignidade de todas as nações.<sup>33</sup>

No entanto, insta ressaltar que as gerações ou dimensões de direitos fundamentais não se apresentam como um processo cronológico e linear, isto é, uma geração de direitos fundamentais não substitui completamente a anterior. Ao longo da evolução histórica, os constantes avanços, retrocessos e modificações sociais produzem, sobretudo, um processo dialético, pois os direitos oriundos de uma geração posterior traduzem uma resposta a novas necessidades históricas.<sup>34</sup>

A partir da exposição do conceito e do contexto histórico envolvendo os direitos fundamentais, conclui-se que, apesar do avanço ocorrido a partir da consagração dos direitos individuais, a industrialização promovida no século XIX, o aumento populacional e o crescimento das cidades proporcionaram um crescimento considerável nas exclusões e disparidades entre as classes sociais. Tal fato, aliado às constantes reivindicações formuladas pelas populações desprovidas, para as quais a liberdade e a igualdade, por si só, não eram suficientes, motivou uma nova análise acerca dos direitos fundamentais a serem garantidos.

A partir das mudanças no modo de organização da sociedade, torna-se imperioso reconhecer que o Estado não deve mais apresentar uma função meramente secundária de modo a permitir o exercício das liberdades, mas sim atuar visando promover políticas sociais voltadas à coletividade. León Duguit<sup>35</sup>, importante constitucionalista francês, já no início do século XX reconhece a insuficiência do modelo individualista, visto que o homem nasce em uma coletividade, análise da qual se extrai a necessidade de se priorizar os direitos de caráter social e coletivo.

---

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 585-587.

<sup>32</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 208-211.

<sup>33</sup> Acerca do tema, cabe ressaltar a Declaração do Direito dos Povos à Paz, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 12 de novembro de 1984. Reconhecendo que a paz é um dever a ser realizado por todos os Estados, a organização “proclama solenemente que os povos de nosso planeta têm o direito sagrado à paz”.

<sup>34</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Las generaciones de derechos humanos. **Revista Direitos Emergentes da Sociedade Global**, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 163-196, jan/jun. 2017.

<sup>35</sup> DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 15-16.



A liberdade dos cidadãos no contexto atual não constitui apenas a liberdade em relação à atuação estatal, visto que os direitos fundamentais não se afiguram como simples meios de defesa frente ao Estado. Tendo em vista a alteração das condições da sociedade e uma necessidade de garantia de novas prestações, o Estado assume especial importância para promover maior efetividade aos direitos fundamentais. Surgiram direitos que não dependem apenas de uma abstenção estatal, mas demandam uma atuação positiva e eficaz frente a novas situações.<sup>36</sup>

Contudo, além do reconhecimento formal dos direitos fundamentais na Constituição e nas legislações infraconstitucionais, é necessário ainda que sejam concreta e materialmente efetivados aos cidadãos, caso contrário estes perdem a sua função primordial no ordenamento jurídico. Esse problema é atestado, sobretudo, em relação ao direito fundamental à saúde, conforme será verificado a seguir.

## 1.2 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

A partir da introdução acerca dos direitos fundamentais, importante analisar especificamente o direito à saúde, no tocante à sua previsão constitucional, definição e principais características. O direito fundamental à saúde é considerado como um direito social, tendo em vista que seu desenvolvimento ocorreu, especialmente, no século XX, diante da insuficiência dos direitos de defesa para, por si só, promover a garantia de prestações sociais. Sendo um direito social, exige a atuação ativa do Estado na concretização de medidas de promoção à saúde, tais como fornecimento de medicamentos, tratamentos médicos e saneamento básico.

Os direitos sociais, inseridos na categoria dos direitos fundamentais, estão previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988<sup>37</sup>, segundo a qual constituem direitos sociais o direito à educação, saúde, lazer, moradia, segurança, transporte, previdência social, entre outros. Entretanto, os direitos sociais não se resumem àqueles previstos de forma expressa no

---

<sup>36</sup> HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40-42.

<sup>37</sup> Para fins deste estudo, em substituição à designação “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”, serão utilizadas denominações como Constituição brasileira de 1988, Constituição Federal ou Constituição Federal de 1988, com o propósito de facilitar a leitura do texto.

artigo 6º<sup>38</sup>, mas abrange ainda outros direitos e garantias implícita ou explicitamente previstos no texto constitucional, além daqueles definidos noutras legislações e tratados internacionais, conforme autoriza o artigo 5º, §2º da Constituição Federal.

Historicamente, os direitos sociais são considerados como direitos de segunda geração, os quais surgiram após aos direitos civis e políticos, no início do século XX. Também são conhecidos como direitos de igualdade ou direitos a pretensões de natureza prestacional positiva. Todavia, como se asseverou, essa diferenciação cronológica não se aplica de forma absoluta, tendo em vista que os direitos relacionados à liberdade não foram substituídos pelos direitos de caráter social, mas coexistem para promover efetivamente as garantias individuais.

Nos termos descritos por Pisarello, os direitos sociais são usualmente relacionados à satisfação de necessidades básicas dos indivíduos em âmbitos como saúde, alimentação, educação, trabalho e moradia. Nesse sentido, os bens jurídicos garantidos buscam promover a realização das condições materiais para o exercício efetivo desses direitos, o que interessa a toda a sociedade. Em que pese a sua garantia ser reconhecida a toda a coletividade, a concretização de tais direitos torna-se necessária, em especial, aos indivíduos mais vulneráveis e hipossuficientes, a fim de reduzir as desigualdades existentes entre os grupos favorecidos e aqueles necessitados.<sup>39</sup>

A partir dessa análise, constata-se que “os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos por meio do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais”.<sup>40</sup> Os direitos sociais consistem em prestações de coisas ou de serviços exigíveis do Estado,<sup>41</sup> não sendo apenas poderes de agir, mas sim poderes de exigir uma prestação em face do Estado. Por meio da edição de leis e de atos administrativos, o ente estatal deve promover a criação de serviços públicos e organizações aptos a definir, executar e

---

<sup>38</sup> Nesse sentido, destaca o artigo 6º da Constituição Federal que: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

<sup>39</sup> PISARELLO, Gerardo. **Los Derechos Sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 11-15.

<sup>40</sup> KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 144, out./dez. 1999, p. 240.

<sup>41</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 174-175.

implementar políticas sociais, no âmbito da saúde, educação, trabalho e moradia, a fim de conferir eficácia aos direitos sociais.<sup>42</sup>

Na ótica de Alexy, o direito a uma ação positiva ou direito a uma prestação constituem, basicamente, o direito a algo que o seu titular poderia obter por meio de outras pessoas privadas, caso possuísse recursos financeiros suficientes e se houvesse no mercado uma oferta suficiente. Este é o conceito comumente empregado para definir os direitos a prestações, associados, nessa ótica, a prestações fáticas. Contudo, ressalva que o direito a uma prestação estende-se também à proteção do cidadão contra outros por meio de normas de direito penal, a criação de normas organizacionais e procedimentais, caracterizando-se como direito a prestações normativas.<sup>43</sup>

Os direitos a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, impõem ao Estado a persecução de determinados objetivos, como o direito à saúde, em que há o dever do Poder Público de garantir, por meio de políticas sociais, o acesso universal e igualitário da população para a sua promoção e concretização. No entanto, permanece a dúvida de identificar se e em qual medida a busca pela concretização dos objetivos estatais deve estar vinculada a direitos subjetivos do cidadão. Surge, nesse ponto, a possibilidade de concretização dos direitos a prestações por meio do controle judicial, o que caracteriza uma divisão de competências entre os tribunais e o legislador.<sup>44</sup>

Assim como as demais normas constitucionais de direitos fundamentais, aos direitos sociais, sendo sua espécie, aplica-se ainda o disposto no artigo 5º, §1º da Constituição Federal, de modo que possuem aplicabilidade direta e imediata, devendo sua eficácia ser analisada conforme o contexto de cada direito social. Sob essa ótica, é possível a delimitação dos direitos sociais por meio da atividade legislativa, o que não exclui o dever dos órgãos estatais de buscar atribuir a máxima eficácia e efetividade aos direitos sociais, inclusive através do Poder Judiciário.<sup>45</sup>

Os direitos sociais, ainda em relação ao seu regime jurídico e sendo espécies de direitos fundamentais, não são passíveis de reforma constitucional, intervenção ou abolição por parte dos órgãos estatais. Tendo em vista a relevância dos direitos e garantias individuais, não podem

---

<sup>42</sup> KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 144, out./dez. 1999, p. 240.

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 442-444.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 442-444.

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 562-567.

ser abolidos mediante emenda constitucional, nos termos do artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal. Segundo a doutrina constitucional moderna e em consonância com os postulados do Estado Social, os direitos sociais também devem ser inseridos no rol de direitos intangíveis por meio de proposta de reforma pelo poder constituinte originário.<sup>46</sup>

No mesmo sentido, Canotilho reconhece que os direitos sociais possuem um “núcleo essencial de prestações sociais, equivalente ao núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias”. Isso porque, para o autor, todos os direitos fundamentais possuem, em alguma medida, dimensões regulativo-prestacionais. Tendo em vista a aplicabilidade direta das normas constitucionais garantidoras de prestações, não é possível utilizar princípios como a “reserva do possível” ou a “reserva da lei” a fim de justificar quaisquer restrições que se imponham aos direitos sociais.<sup>47</sup>

Os direitos fundamentais de caráter social também apresentam uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva manifesta-se na possibilidade de tais direitos serem exigíveis em face de seus destinatários, o que gera, no Brasil, discussões críticas acerca das dificuldades no controle judicial das políticas públicas, tendo em vista a escassa disponibilidade de recursos e as limitações decorrentes da reserva do possível. A dimensão objetiva trata da relação desses direitos com o sistema de fins e valores constitucionais que norteiam a sociedade, buscando concretizar o princípio da dignidade humana e redução das desigualdades sociais.<sup>48</sup>

Conforme alude Hesse, os direitos fundamentais são, por um lado, direitos subjetivos, ou seja, direitos do particular que impõem um dever ao Estado de assegurar essa garantia, como a liberdade e o direito à vida. De outro modo, são também direitos objetivos, visto que são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade, integrando o ordenamento jurídico objetivo da sociedade.<sup>49</sup>

Ademais, os direitos sociais sujeitam-se a uma dupla dimensão: a negativa (defensiva), no sentido de que o Estado deve deixar de intervir em determinadas situações, e a positiva (prestacional), buscando concretizar o princípio da igualdade em sentido substancial, a fim de

<sup>46</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 669-681.

<sup>47</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 564-565.

<sup>49</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 228-229.

que o Estado efetivamente atue garantindo a sua concretização através da criação de instituições, procedimentos e organizações.<sup>50</sup>

No que concerne à categoria da dimensão prestacional dos direitos, é possível realizar uma distinção entre direitos sociais derivados, significando o direito de exigir uma atuação legislativa apta a concretizar as normas constitucionais, e direitos sociais originários, correspondendo ao direito de derivar diretamente o fornecimento das prestações, ainda que não tenham sido reguladas no âmbito infraconstitucional.<sup>51</sup>

Nesse contexto, dependendo da forma de positivação e da eficácia dos direitos sociais, alguns deles dependem de atuação legislativa e de um sistema de prestações estatais aptos a conferir-lhes efetividade, de modo que as normas constitucionais que veiculam esse direitos possuem eficácia limitada e aplicabilidade mediata.<sup>52</sup> Por outro lado, determinados direitos sociais podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que os consagram, não necessitando de uma prévia atuação ou de um sistema de prestações.<sup>53</sup>

Em relação à titularidade, qualquer pessoa pode ser titular<sup>54</sup> de direitos sociais, independentemente da nacionalidade ou vínculo de permanência no país, conforme se percebe

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 565-566.

<sup>51</sup> CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 408-409.

<sup>52</sup> RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, n. 22, out./dez. 2005, p. 59-60.

<sup>53</sup> Acerca do tema, importante mencionar a clássica divisão formulada por José Afonso da Silva no tocante à aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais. Para o autor, todas as normas constitucionais possuem determinada eficácia, pois irradiam efeitos jurídicos. Ocorre que algumas normas constitucionais não manifestam a eficácia na plenitude dos efeitos pretendidos pelo constituinte enquanto não for editada uma norma jurídica complementar, diferenciando-se pelo grau de seus efeitos. As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais e atingem os objetivos pretendidos pelo legislador, possuindo aplicabilidade direta, imediata e integral. As normas constitucionais de eficácia contida incluem também as normas que incidem imediatamente e produzem todos os efeitos visados, mas estabelecem conceitos que dependem de regulamentação para limitar a sua eficácia conforme determinadas circunstâncias, manifestando aplicabilidade direta e imediata (mas não integral). Já as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida são aquelas que não produzem todos os seus efeitos essenciais ao entrar em vigor, pois não apresentam tamanha normatividade e necessitam de posterior complementação legislativa, possuindo aplicabilidade indireta, mediata e reduzida (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8. ed. 2º tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 100, 114 e 116).

<sup>54</sup> Cabe ressaltar a distinção estabelecida por Sarlet em relação aos termos titular e destinatário de direitos fundamentais, os quais são usualmente utilizados, pela doutrina e jurisprudência brasileiras, como expressões sinônimas. A terminologia mais adequada é titular de direitos fundamentais, visto que, na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, consiste no sujeito ativo da relação jurídica. Já o destinatário é o indivíduo contra o qual o titular pode exigir a proteção ou efetivação do direito pretendido (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 215).

a partir da redação dos artigos 196 e 225 da Constituição Federal.<sup>55</sup> A titularidade dos direitos sociais é deferida à pessoa individualmente considerada, não constituindo, como regra, um direito de titularidade coletiva.

Apesar de serem os direitos sociais usualmente relacionados a interesses sociais da coletividade, não podem estes ser confundidos com os direitos coletivos, no sentido de que só possam ser reconhecidos mediante ações de tutela coletiva. Conforme ressalta Perez Luño, os direitos sociais fundamentam-se na proteção das pessoas em um contexto social, assegurando esse direito a cada pessoa individualmente considerada.<sup>56</sup> Ressalta-se, nesse aspecto, que não se refuta a possibilidade de uma tutela judicial coletiva nos casos de violação de direitos sociais de grupos da sociedade, desde que isso não impeça a concretização das garantias por meio da tutela individual.<sup>57</sup>

No tocante à força jurídico-constitucional dos direitos sociais, Canotilho estabeleceu cinco premissas jurídicas para definir as normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, com base no Acórdão nº 39/84<sup>58</sup>, do Tribunal Constitucional português: 1) os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição possuem vinculatividade normativo-constitucional, ou seja, não constituem simples “programas” ou “linhas de direção política”; 2) as normas garantidoras de direitos sociais devem ser utilizadas como parâmetro de controle judicial quando são analisadas medidas legais que restringem esses direitos; 3) as normas de legislar que envolvem os direitos sociais são verdadeiras imposições, cujo descumprimento pode gerar a inconstitucionalidade por omissão; 4) os deveres impostos ao Estado para a efetivação desses direitos devem impor a adoção de medidas concretas e determinadas, e não em simples promessas abstratas; 5) a produção de medidas concretizadoras dos direitos sociais não pode servir à livre disponibilidade do legislador.<sup>59</sup>

<sup>55</sup> Conforme a redação do artigo 196, “a saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”. Ainda, o artigo 225 também ressalta o direito ao meio ambiente como uma garantia de toda a sociedade: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida [...]”.

<sup>56</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. La positividad de los Derechos Sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho. **Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid, v. 2, n. 14, p. 168-170, jan. 2006.

<sup>57</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 221-226.

<sup>58</sup> PORTUGAL. **Tribunal Constitucional**. Acórdão 39/84. Declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, nos termos e para os efeitos dos artigos 281.º e 282.º da Constituição, do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de Junho, na parte que revogou os artigos 18.º a 61.º e 64.º a 65.º da Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro. Disponível em: < <https://dre.tretas.org/dre/20997/acordao-39-84-de-5-de-maio> > Acesso em: 2 jan. 2018.

<sup>59</sup> CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 482.

O direito fundamental à saúde foi assim consagrado no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>60</sup>, o qual estabelece que todos os cidadãos têm direito de receber tratamentos de saúde adequados de modo universal e igualitário, devendo o Estado garantir sua máxima efetividade.<sup>61</sup> É considerado, sobretudo, como um direito social ou, como é denominado, de segunda dimensão dos direitos fundamentais, representando um avanço histórico do Estado liberal burguês para um modelo de Estado Social.<sup>62</sup>

Cabe ressaltar que a saúde foi considerada pela primeira vez como um direito fundamental essencial a todos os cidadãos na Constituição Federal de 1988. Durante a história constitucional brasileira, apenas a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 atribuiu a possibilidade de competência concorrente à União e aos estados cuidar da saúde e da assistência médica da população.<sup>63</sup> Ademais, em seu texto constitucional, havia uma preocupação inicial em relação a medidas de combate à mortalidade infantil, higiene social, a fim de impedir a propagação de doenças transmissíveis, e a “higiene mental” provocada pelos “venenos sociais”.<sup>64</sup> No capítulo acerca da ordem econômica e social, são definidos como preceitos a serem observados pela legislação trabalhista a assistência médica e sanitária. As demais constituições brasileiras trataram de modo efêmero acerca do tema, meramente em relação à competência da União para a legislação e organização da saúde e a necessidade de sua proteção ao trabalhador.<sup>65</sup>

Conforme estabelecido na Declaração de Alma-Ata, realizada durante a Conferência Internacional sobre cuidados primários de saúde, em 1978:

[...] a saúde - estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade - é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais

<sup>60</sup> Conforme previsto no artigo 196 da Constituição Federal, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção proteção e recuperação”.

<sup>61</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Sociais*. In: BRANCO, Paulo Gustavo Tonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 642.

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 12, out./dez. 2011, p. 4.

<sup>63</sup> Com efeito, o artigo 10, II, da Constituição de 1934 dispõe que: “compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] II - cuidar da saúde e assistência públicas”.

<sup>64</sup> Nestes termos, o artigo 138, “f” e “g”, da Constituição de 1934 assevera que “incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: [...] f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbididade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

<sup>65</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário de São Paulo**. São Paulo, n. 3, v. 9, nov./dez. 2008, p. 10.

importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde.<sup>66</sup>

Relaciona-se, especialmente, com o direito à vida e o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de garantir a integridade física e psíquica do ser humano como bem jurídico essencial.<sup>67</sup> Segundo ressalva Loureiro, a saúde é caracterizada por sua interdependência em relação a outros bens e direitos fundamentais, tais como a alimentação, dignidade da pessoa humana, moradia e seguridade social, com os quais apresenta zonas de sobreposição autonomamente protegidas.<sup>68</sup>

A Constituição Federal, ao estabelecer a fundamentalidade do direito social à saúde, também designa ao Estado o dever de promover ações e políticas públicas capazes de garantir à população o acesso aos serviços de proteção e promoção da saúde, além de garantir a redução dos riscos de doenças.<sup>69</sup> Desse modo, a implementação, fiscalização e controle incumbe ao Poder Público, por meio da criação de instituições jurídicas, adoção de diretrizes e participação da sociedade, nos termos dos artigos 197 e 198 da Constituição Federal.<sup>70</sup>

Outrossim, a saúde constitui um direito originário a prestações, isto é, um direito subjetivo para que a população possa usufruir de prestações materiais necessárias à proteção da vida e da dignidade humana, o que não significa considerá-lo como um direito ilimitado e aplicado a qualquer prestação estatal.<sup>71</sup> Nesse sentido, aplica-se ao direito à saúde a divisão,

<sup>66</sup> DECLARAÇÃO de Alma-Ata. **Declaration of Alma-Ata**. 6 a 12 de setembro de 1978, produzida durante a Conferência Internacional sobre cuidados primários de Saúde. Disponível em: <<http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>> Acesso em: 30 dez. 2017.

<sup>67</sup> Durante a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS), o preâmbulo de sua Constituição, de 1946, destaca que “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. Logo, a saúde depende tanto de características individuais, físicas e psicológicas, quanto do ambiente social e econômico promovido pelos entes estatais (OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. 22 de julho de 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 9 jun. 2018).

<sup>68</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Direito à (proteção da) saúde. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, v. 1, n. 1, jul./dez. 2008, p. 44-47.

<sup>69</sup> CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo Sales. **Direito à Saúde**: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29-30.

<sup>70</sup> Do artigo 197 da Constituição Federal, extrai-se que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. Em continuidade, o artigo 198 do texto constitucional estabelece que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade”.

<sup>71</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 591.



conforme explanado, entre a dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais, visto que abrange um conjunto de direitos subjetivos de caráter defensivo e prestacional.<sup>72</sup>

Da leitura dos artigos 196 e 200 da Constituição Federal, encontra-se diante tanto de normas definidoras do direito fundamental à saúde, estabelecendo suas diretrizes e definindo-o como um direito de todos, quanto de normas de cunho impositivo de deveres, visto que ao Estado incumbe a promoção de políticas públicas aptas a concretizar essa garantia.<sup>73</sup>

Nesse contexto, abrange um conjunto de políticas públicas de cunho prestacional positivo, voltadas à garantia da integridade física e psíquica do cidadão, de modo a conferir-lhe dignidade.<sup>74</sup> Para alcançar esse desiderato, o Estado pode concretizar ações preventivas que, indiretamente, produzem efeitos no âmbito da saúde, a exemplo de investimentos em saneamento básico, fornecimento de água potável e saúde pública, ou ainda, ações curativas que são efetivadas mediante a prestação de serviços relacionados a tratamentos médicos, atendimento hospitalar, fornecimento de medicamentos, dentre outros.<sup>75</sup>

Em relação ao caráter das normas constitucionais que regem o direito à saúde, são consideradas como normas programáticas, isto é, possuem eficácia limitada e não podem ser aplicadas de forma direta e imediata, dependendo da interposição do legislador para a adequada definição e sistematização desse direito. Segundo dispõe Sarlet, em sua obra, essas normas são caracterizadas por apresentarem baixa densidade normativa ou normatividade insuficiente para alcançarem a eficácia plena, pois estabelecem tarefas a serem concretizadas pelo Estado.<sup>76</sup>

Entretanto, isso não significa afirmar que as normas constitucionais relativas ao direito à saúde, isoladamente, não surtem efeitos jurídicos. Cabe ressaltar que, mesmo as normas constitucionais de cunho programático são dotadas de eficácia, não constituindo meras proclamações ideológicas ou políticas. Apesar de constituir uma tarefa do legislador a concretização dos fins e programas contidos no direito à saúde, é inerente a tais normas o caráter de normas jurídicas, tendo em vista que, ainda que ausente qualquer ato concretizador, estão

<sup>72</sup> FABRE, Cécile. **Social Rights Under the Constitution: government and the decent life**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 53-57.

<sup>73</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 590.

<sup>74</sup> PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 81, out./dez. 2012, p. 124-125.

<sup>75</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Sociais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Tonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 645.

<sup>76</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.300-301.

aptas a produzir efeitos jurídicos. Portanto, são passíveis de aplicação imediata, conforme o artigo 5º, §1º do texto constitucional.<sup>77</sup>

Feitas essas considerações preliminares, importante ressaltar ainda, o entendimento de que o direito à saúde se coaduna com a dupla fundamentalidade formal e material dos direitos e garantias fundamentais. A fundamentalidade formal refere-se ao direito positivado na Constituição Federal, manifestando três aspectos: 1) os direitos fundamentais constituem uma parte integrante da Constituição, permanecendo hierarquicamente superiores em relação às demais normas do ordenamento jurídico; 2) sendo normas fundamentais escritas, também se sujeitam aos limites formais, isto é, ao procedimento para a modificação das garantias constitucionais, e aos limites materiais, quais sejam, as cláusulas pétreas; 3) conforme o disposto no §1º do artigo 5º, as normas que estabelecem os direitos fundamentais vinculam diretamente as entidades estatais e os próprios indivíduos. Em relação à fundamentalidade material, esta relaciona-se à importância do bem jurídico garantido, o que se configura, no caso concreto, como a importância da concretização da saúde para a coletividade.<sup>78</sup>

Portanto, evidencia-se que o direito do cidadão à saúde consubstancia-se, por consequência, num dever fundamental do Estado de prestação de saúde por meio de políticas públicas. É o que se infere do disposto no artigo 196, do texto constitucional, ao dispor que: a) a saúde é direito de todos, b) é dever do Estado, c) efetivada mediante políticas sociais e econômicas, d) voltadas à redução de riscos de doenças e de outros agravos, e) mediante acesso universal e igualitário.<sup>79</sup> Em síntese, o direito à saúde pode apresentar-se sob diferentes óticas conforme a análise do caso concreto, sendo um direito individual, coletivo e metaindividual.<sup>80</sup>

A partir dessas premissas, ressalta-se que a saúde é um direito fundamental assegurado a todos, sendo inerente à vida, dignidade e integridade física e psicológica do ser humano. Desse modo, é dever do Estado promover as condições indispensáveis para o seu adequado exercício,

---

<sup>77</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 300-301.

<sup>78</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 12, out./dez. 2011, p. 2.

<sup>79</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Sociais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Tonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 643-644.

<sup>80</sup> RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, n. 22, out./dez. 2005, p. 62.

seja por meio da Administração Pública, a responsável por concretizar essa garantia, seja por meio de auxílio do Poder Judiciário.<sup>81</sup>

Do texto constitucional é possível abstrair que quando o Estado atende demandas sociais relacionadas à saúde, essa prestação positiva deve ser concedida a todos os cidadãos, de forma igualitária e universal. Ao definir a saúde como direito de todos, atribuiu-lhe um caráter de generalidade, significando que ninguém pode ser impedido de obter uma prestação estatal a ela relacionada. A igualdade implica em não conferir distinção ou privilégios de tratamento a situações idênticas. A universalidade pressupõe uma responsabilidade solidária entre os entes da Federação.

Nesse aspecto, a efetividade do direito fundamental à saúde apresenta dificuldades evidentes, em razão da reduzida capacidade orçamentária dos entes estatais em concretizá-lo àqueles que necessitam fruir da sua garantia. Haja vista a importância da efetiva concretização desse direito à parcela da população desprovida de recursos financeiros, a saúde tornou-se, no contexto político e social, um tema amplamente debatido no sentido de conferir maior proteção e aplicabilidade jurídica. O problema principal envolve a concretização do direito fundamental à saúde em níveis que oportunizem uma vida com dignidade às pessoas que necessitam do amparo do Estado de forma gratuita, sendo fundamental analisar o atual modelo de execução de ações e serviços de saúde a fim de compreender os seus aspectos positivos e negativos.

### 1.3 O MODELO ATUAL DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Feitas as considerações acerca do direito fundamental à saúde, seu conceito e características, importante descrever o modo como esse direito é concretizado na sociedade brasileira. O legislador constituinte de 1988 optou, em seu texto, por estabelecer um modelo básico de sistematização e procedimentos para a efetiva aplicação do direito fundamental à saúde. Porém, anteriormente à exposição sobre o atual sistema de saúde adotado pelo Brasil, é necessário analisar a sua trajetória histórica e os métodos utilizados para a sua garantia.

A adoção de medidas aptas a controlar os constantes problemas de saúde pública no Brasil inicia-se no século XIX, com a chegada da Corte Portuguesa ao Brasil, em que foram

---

<sup>81</sup> BORTOLOTTI, Franciane Woutheres; SCWARTZ, Germano. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle de políticas públicas sanitárias. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 177, jan./mar. 2008, p. 261.

realizadas ações voltadas ao controle da lepra, da peste e, em especial, o controle sanitário contra doenças que se alastraram nesse período. Após essas ínfimas propostas para a erradicação de doenças, somente entre os anos de 1870 e 1930 o Estado empregou ações efetivas em relação à saúde pública, por meio de um modelo “campanhista”<sup>82</sup>, caracterizado por utilizar a autoridade policial e lembrado pelos diversos abusos cometidos.<sup>83</sup>

Contudo, até o início do século XX eram irrelevantes as ações públicas de caráter curativo, as quais eram exercidas apenas por serviços de saúde privados e por entidades de caridade. Em 1923, com a promulgação do Decreto nº 4.682, popularmente conhecida como Lei Eloy Chaves, foi instituído o sistema de Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPs), a qual atendeu, inicialmente, os trabalhadores ferroviários e depois estendeu-se aos trabalhadores marítimos e estivadores<sup>84</sup>. Entre as prestações oferecidas por esse sistema, além da previdência social, previa-se aos trabalhadores a assistência médica e o fornecimento de medicamentos.<sup>85</sup> Posteriormente, o caráter fragmentário desse programa, em que as regulamentações dependiam de cada órgão, os CAPs foram oficialmente extintos.<sup>86</sup>

A partir de 1930, o sistema de saúde passou por estruturação básica a fim de incluir também as ações curativas, sendo criados o Ministério da Educação e Saúde Pública e os Institutos de Previdência (IAPs), que eram responsáveis por oferecer serviços de saúde curativos. Destaca-se ainda, em 1941, a reforma de Barros Barreto, na qual são instituídos órgãos normativos e supletivos para promover a assistência sanitária e hospitalar, além da ação direta de órgãos executivos contra endemias predominantes no país, como malária e febre amarela.<sup>87</sup>

---

<sup>82</sup> A fim de erradicar as doenças epidêmicas que se alastravam pelo território brasileiro, em 1904, foi editada a Lei Federal nº 1.261, a qual tornou obrigatório em todo o país a vacinação contra a varíola.

<sup>83</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2017, p. 42-44.

<sup>84</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 39-41.

<sup>85</sup> Em seu artigo 9º, o Decreto nº 4.682, além de instituir os benefícios previdenciários, estipulou que “os empregados ferroviários, a que se refere o art. 2º desta lei, que tenham contribuído para os fundos da caixa com os descontos referidos no art. 3º, letra a, terão direito: 1º, a socorros médicos em casos de doença em sua pessoa ou pessoa de sua família, que habite sob o mesmo tecto e sob a mesma economia; 2º, a medicamentos obtidos por preço especial determinado pelo Conselho de Administração”.

<sup>86</sup> MERCADANTE, Otávio Azevedo (coord.). *Evolução das Políticas e do Sistema de Saúde*. In: FINKELMAN, Jacobo (org.). **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002, p. 237.

<sup>87</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2017, p. 42-44.

Em 1949, ocorre uma grande inovação em relação à assistência médica e hospitalar: a criação do Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência (SAMDU)<sup>88</sup>. Sua importância decorre, em especial, do fato de ser o primeiro serviço de atendimento médico domiciliar no setor público, o que, até então, existia apenas no serviço privado, além do atendimento universal, mas ainda limitado a casos de urgência.<sup>89</sup>

Com o início do regime militar, os IAPs foram unificados no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)<sup>90</sup> e, posteriormente, foi criado o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS)<sup>91</sup>, visando diminuir a segmentação e aumentar a eficiência do sistema. Entretanto, a assistência à saúde possuía estreita relação com as atividades previdenciárias e aplicavam-se majoritariamente aos empregados formais, o que, na época, constituía a minoria da população.<sup>92</sup>

Por meio da promulgação da Lei nº 6.229/75, foi instituído o Sistema Nacional de Saúde, incumbindo ao Ministério da Saúde e ao Ministério da Previdência e Assistência Social as atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde. Entretanto, a lei conferia prioridade ao setor privado na prestação dos serviços de saúde, de modo que grande parte da população brasileira permaneceu sem acesso aos serviços básicos de assistência médica.<sup>93</sup>

---

<sup>88</sup> O Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência foi regulamentado pelo Decreto nº 27.664, de 1949, que consagrou, em seu artigo 1º, que “a assistência médica domiciliar e de socorro urgente para os assegurados e beneficiários dos Institutos e Caixas de Aposentadorias e Pensões será prestada por intermédio de “comunidades de serviços”, sob a denominação de Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência da Previdência Social (Sandu), sediadas no Instituto ou Caixa que o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio designar, de acordo com a maior conveniência de realização do serviço”.

<sup>89</sup> MERCADANTE, Otávio Azevedo (coord.). *Evolução das Políticas e do Sistema de Saúde*. In: FINKELMAN, Jacobo (org.). **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002, p. 237.

<sup>90</sup> O Instituto Nacional de Previdência Social foi criado através da edição do Decreto-Lei nº 72, de 1966, o qual estabeleceu, em seu artigo 1º, que “os atuais Institutos de Aposentadoria e Pensões são unificados sob a denominação de Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)”. Com efeito, o artigo 6º do Decreto-Lei nº 72, de 1966, determinou que “o sistema geral da previdência social, destinado a ministrar aos segurados e seus dependentes as prestações estabelecidas nesta lei, constitui-se dos seguintes órgãos: I - órgãos de orientação e controle administrativo ou jurisdicional, integrados na estrutura do Ministério do Trabalho e Previdência Social: a) Secretaria da Previdência Social, b) Secretaria de Assistência Médico-Social. II - órgão de administração e execução, vinculado ao mesmo Ministério: Instituto Nacional de Previdência Social”.

<sup>91</sup> O Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social era vinculado ao Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social e ao Ministério da Previdência e Assistência Social, conforme definido pela Lei nº 6.439, de 1977.

<sup>92</sup> *História do Sistema Único de Saúde – SUS*. In: **A Saúde no Brasil: História do Sistema Único de Saúde**, arcabouço legal, organização, funcionamento, financiamento do SUS e as principais propostas de regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, de 2000. Nota Técnica nº 10, de 30 de agosto de 2011. Elaborado pelo Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2011/nt10.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

<sup>93</sup> LOVATO, Luiz Gustavo. A proteção à saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos. In: ASSIS, Araken de (coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde**. Porto Alegre: Editora Notadez, 2007, p. 116.

Após o fim da ditadura militar e com o desenvolvimento de estudos e conferências acerca da saúde como política pública, na década de 80, o INAMPS passou a adotar medidas centradas na ideia do acesso universal da população aos serviços de saúde, deixando de exigir a Carteira de Segurado do INAMPS como requisito para o atendimento em hospitais.

Em seguida, são consolidadas as Ações Integradas de Saúde (AIS), buscando a ampliação da prestação de cuidados e o aumento dos recursos para as ações promovidas pelo Estado, o que culminou, em 1987, com a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS)<sup>94</sup>. Esse sistema promoveu a reformulação do modelo de saúde pública adotado no Brasil, permitindo uma maior acessibilidade à população, o qual foi substituído pelo Sistema Único de Saúde (SUS) como resultado das novas diretrizes delineadas pela Constituição de 1988.<sup>95</sup>

O texto constitucional consolidou um avanço na forma como a saúde passou a ser tratada no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a importância conferida ao tema e a sua definição expressa como um direito fundamental. Nos artigos 196 a 200, restou expressa como um direito de todos e um dever do Estado, prevendo a criação de um sistema único de saúde, a fim de executar, fiscalizar e organizar as ações envolvendo a saúde pública. O modelo instituído destacou a dimensão objetiva do direito à saúde, bem como sua função protetiva na sociedade, caracterizando-se como uma garantia institucional fundamental.<sup>96</sup>

Após a promulgação da Constituição, a saúde e seu sistema unificado foram regulados, no âmbito infraconstitucional, pela Lei nº 8.080/90<sup>97</sup>. Segundo a previsão do artigo 4º da referida Lei, o Sistema Único de Saúde pode ser definido como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da

<sup>94</sup> Durante a 8ª Conferência Nacional de Saúde, ocorrida entre os dias 17 a 21 de março de 1986, discutiu-se sobre a necessidade de implantação de um sistema unificado de saúde pública, a fim de atender amplamente a população e desvincular-se da Previdência Social. Relatório disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8\\_conferencia\\_nacional\\_saude\\_relatorio\\_final.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf)>. Inspirado por tais discussões, em julho do mesmo ano promulgou-se o Decreto nº 94.657, dispondo sobre a criação do Programa de Desenvolvimento de Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde nos estados.

<sup>95</sup> CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 27, n. 78, p. 9-10. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v27n78/02.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

<sup>96</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 67, jul./set. 2008, p. 137-139.

<sup>97</sup> Nesse sentido, dispõe o artigo 2º da Lei 8.080/90 que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”. Ao contrário dos modelos anteriores de gestão da saúde, relacionados à Previdência Social, o legislador, tanto no texto constitucional quanto na lei específica, determinou a criação de um sistema autônomo e de acesso universal aos serviços de saúde.

De acordo com o artigo 198 do texto constitucional<sup>98</sup>, as ações e serviços públicos de saúde formam uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, organizado de forma descentralizada com atuação para cada ente estatal. Busca-se, com isso, promover o atendimento integral da população, priorizando atividades preventivas, mas também assegurando os serviços essenciais e a participação da sociedade.<sup>99</sup>

Uma das principais inovações referentes aos modelos anteriores de efetivação do direito à saúde é a previsão expressa, no artigo 196, acerca do acesso universal, integral e igualitário aos serviços de saúde, sendo dever do Estado a realização de medidas para a promoção e proteção desse direito. A universalidade no acesso aos serviços de saúde, ao contrário do sistema previsto anteriormente, não mais condiciona o acesso à existência de cadastro do indivíduo no sistema previdenciário. Assegurou-se ainda a integralidade do atendimento, de modo a considerar o indivíduo em sua totalidade, analisando não apenas a presença de doenças, mas todas as condicionantes sociais de diversas naturezas.<sup>100</sup>

Ademais, no artigo 43 da Lei nº 8.080/90<sup>101</sup>, garantiu-se a gratuidade dos serviços de saúde, buscando isentar a população brasileira de quaisquer formas de pagamento para usufruir de tais serviços, ainda que, na prática, a gratuidade ampla e irrestrita constitua uma barreira para a efetivação desse direito a todos os indivíduos.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> O artigo 198 da Constituição Federal define que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.”

<sup>99</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Sociais*. In: BRANCO, Paulo Gustavo Tonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 645.

<sup>100</sup> ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à Saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 140.

<sup>101</sup> O artigo 43 da Lei nº 8.080/90 estabelece que “a gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressaltando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.”

<sup>102</sup> MERCANTE, Otávio Azevedo (coord.). *Evolução das Políticas e do Sistema de Saúde no Brasil*. In: FINKELMAN, Jacobo. **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002, p. 248-250. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/sd/pdf/finkelman-9788575412848.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

No que concerne às atribuições do Sistema Único de Saúde, o artigo 200 da Constituição estabelece, em síntese, as seguintes diretrizes: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e equipamentos; b) executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica; c) ordenar os recursos humanos na área de saúde; d) participar e executar políticas públicas e ações de saneamento básico; e) promover o desenvolvimento científico e tecnológico; f) fiscalizar e inspecionar alimentos e bebidas de consumo humano; g) participar do controle de substâncias tóxicas, psicoativas e radioativas; h) promover a proteção do meio ambiente e do ambiente de trabalho.<sup>103</sup>

Dito isto, o Sistema Único de Saúde caracteriza-se por alguns princípios informadores, conforme destacam Sarlet e Figueiredo, dentre eles: unidade, descentralização, regionalização e hierarquização, integralidade e participação da comunidade.

O princípio da unidade denota a existência de um sistema único e unificado, buscando superar as limitações dos sistemas anteriores que contemplava apenas o trabalhador com vínculo formal de emprego, dependente do então Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). A instituição de um sistema único abrange todas as pessoas ao mesmo planejamento, ações e serviços de saúde.

Pelo princípio da descentralização, o Sistema Único de Saúde é constituído, embora unificado, por uma rede regionalizada e hierarquizada, na qual se preserva a direção única de cada esfera do governo.<sup>104</sup> O princípio da regionalização permite que as ações e serviços de saúde atendam às peculiaridades de cada local, atendendo tanto as diretrizes da Organização Mundial de Saúde (OMS), quanto as reivindicações de cada região ou município brasileiro. Assim, a municipalização é essencial para a ampliação do acesso ao sistema de saúde, principalmente em razão da garantia de equilíbrio na distribuição de recursos de saúde,

---

<sup>103</sup> Com efeito, o artigo 200 da Constituição Federal alude que “ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

<sup>104</sup> Alguns dos princípios informadores do SUS estão previstos no artigo 7º da Lei 8.080/90, segundo o qual “as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:”



conforme os princípios da subsidiariedade e equidade da prestação de assistência. Esses princípios regulam, ainda, as regras constitucionais de distribuição de competência em matéria de saúde, como a legislação infraconstitucional, segundo a qual a responsabilidade por ações de saúde é, em especial, dos Municípios e dos Estados, sendo que a União atua de modo supletivo e subsidiário.

O princípio da hierarquização indica a execução da assistência à saúde em níveis crescentes de complexidade, visto que o atendimento da população abrange os procedimentos mais simples até os níveis de maior complexidade, conforme as circunstâncias do caso. Logo, a hierarquização constitui um critério de distribuição dos serviços de saúde, em que as ações de atenção básica devem estar presentes em todos os municípios, ao contrário das ações de alta complexidade, centralizadas em grandes centros especializados do país.

De acordo com o princípio da integralidade de atendimento, a cobertura dos serviços oferecida pelo SUS deve ser ampla, a fim de abranger todos os indivíduos que busquem serviços de saúde em hospitais, postos de saúde e nos demais centros de atendimento. Vale dizer, incidem diretamente a esse caso os princípios da prevenção e precaução, no intuito de garantir a segurança e prioridade de atividades preventivas, além dos princípios da razoabilidade e eficiência, no sentido de que não se considera razoável um tratamento com eficácia ainda não comprovada.

Por fim, os mesmos autores destacam que o SUS caracteriza-se pela participação direta e indireta da comunidade, exercendo o controle social de políticas públicas de saúde. Essa participação pode ocorrer através de representantes da sociedade civil em Conferências de Saúde, perante os Conselhos de Saúde e agências reguladoras. Trata-se, nesse âmbito, de direitos a prestações em sentido amplo, isto é, direitos de participação na organização e no procedimento, de forma democrática e participativa.<sup>105</sup>

Outrossim, o Sistema Único de Saúde deve ser financiado por meio do orçamento da seguridade social e das respectivas esferas de governo, conforme previsto no artigo 198, §1º, da Constituição Federal.<sup>106</sup> Contudo, levando-se em conta as despesas ocasionadas para a

---

<sup>105</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 67, jul./set. 2008, p. 137-142.

<sup>106</sup> Segundo dispõe o artigo 198, §1º, da Constituição Federal, “o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

manutenção da saúde como garantia universal e gratuita, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 29, de 2000, prevendo recursos mínimos a serem aplicados nas ações e serviços de saúde, inserindo os parágrafos 2º e 3º ao artigo 198 da Constituição Federal.<sup>107</sup>

Em relação à repartição de competências, a Constituição Federal atribuiu o poder de legislar acerca da proteção e defesa da saúde de forma concorrente entre a União, Estados e Municípios, conforme preceituam os artigos 24, XII, e 30, II, do texto constitucional. Sob a ótica do princípio federativo, à União incumbe a previsão de normas gerais acerca do direito à saúde, tendo em vista a disposição do artigo 24, §1º. Já aos Estados cabe a edição de legislação complementar, em consonância com o artigo 24, §2º. Por fim, aos Municípios, resta legislar sobre os assuntos de interesse local, além de igualmente suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, conforme o artigo 30, II e II.<sup>108</sup>

No âmbito administrativo, isto é, acerca da possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde, o legislador constituinte atribuiu competência comum à União, Estados e Municípios, segundo o artigo 23, II. Como todos os entes da federação são competentes para formular e executar políticas públicas de saúde, deve haver cooperação entre eles, a fim de consagrar o equilíbrio do desenvolvimento do bem-estar em âmbito nacional, nos termos do artigo 23, parágrafo único.<sup>109</sup>

No tocante à participação da iniciativa privada na assistência à saúde, esta pode ocorrer de duas formas: a) mediante a denominada “saúde complementar”, em que há convênio ou contrato de direito público firmado com o SUS, privilegiando as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos; b) mediante a chamada “saúde suplementar”, na qual a assistência é prestada diretamente por operadoras de planos de saúde, sendo firmados contrato de direito privado.<sup>110</sup> No caso da saúde complementar, a atividade é delegada à iniciativa privada, excluindo-se a

<sup>107</sup> Dallari destaca que as receitas a serem vinculadas ao financiamento do Sistema Único de Saúde devem ser calculadas com base em percentuais do produto da arrecadação de alguns impostos, para as esferas estadual e municipal, e na forma definida em lei complementar, para a União, conforme o artigo 198, §2º. Em 2012, mediante a aprovação da Lei Complementar nº 141, estabeleceram-se os critérios para a distribuição de receitas destinadas ao Sistema Único de Saúde, regulamentando o artigo 198, §3º da Constituição Federal (DALLARI, DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário de São Paulo**. São Paulo, n. 3, v. 9, nov./dez. 2008, p. 15.

<sup>108</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. O papel do município no desenvolvimento de políticas de saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, v. 25, n. 5, out. 1991. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89101991000500013](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101991000500013)>. Acesso em: 6 jan. 2018.

<sup>109</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2017, p. 44-46.

<sup>110</sup> A prestação de serviços de saúde por meio de planos de saúde deve estar em conformidade com a Lei nº 9.656/98 e com as diretrizes estabelecidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

participação de empresas ou capital estrangeiro, atuando no lugar da Administração Pública e sujeitando-se aos limites previstos no contrato administrativo, na forma do artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Já na hipótese da saúde suplementar, a assistência à saúde decorre de contrato privado firmado entre um indivíduo ou grupo de pessoas e o plano de saúde, incidindo os princípios da autonomia das partes e da liberdade contratual.<sup>111</sup>

O propósito de se contextualizar a origem e evolução dos direitos fundamentais, com ênfase para o direito à saúde e como se estruturou no Brasil, foi estabelecer uma preparação para o aprofundamento da temática que a seguir será tratada. Como se inferiu, o artigo 196 da Constituição Federal não faz referência à gratuidade, mas a Lei nº 8.080/90 alargou o sentido da norma constitucional, prevendo-a expressamente.

A partir da contextualização acerca do atual modelo de concretização do direito fundamental à saúde, avaliar-se-á se é possível interpretar a gratuidade da saúde como um direito fundamental destinado apenas às pessoas consideradas hipossuficientes. Compreender a origem e a evolução dos direitos fundamentais, especialmente em relação à saúde, objetivou-se estabelecer uma reflexão inicial acerca do modelo atual de concretização da saúde pública, o que se continuará a discutir e aprofundar no capítulo seguinte, tendo como fundamento a teoria dos princípios.

---

<sup>111</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, p. 137-140.

## 2 OS PRINCÍPIOS RELACIONADOS À SAÚDE NA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL

### 2.1 A CONSTITUIÇÃO NO PARADIGMA NEOCONSTITUCIONALISTA

Ao se refletir sobre a concretização do direito fundamental à saúde, torna-se necessário analisar este tema sob a ótica dos princípios previstos no ordenamento jurídico, em especial, o princípio da subsidiariedade, como forma de construir um sistema de saúde que efetivamente atenda aos anseios da população carente de recursos financeiros. Anteriormente à análise acerca da evolução e desenvolvimento dos princípios, deve-se abordar, ainda que de forma sucinta, sobre a importância atribuída às constituições no paradigma neoconstitucionalista, visto que, é nesse cenário que se atribuiu um maior destaque aos princípios jurídicos.

Ao longo da história, foram observadas diversas modificações nos ordenamentos jurídicos existentes, especialmente em relação ao recente contexto de valorização da constituição no Estado de Direito. A constituição não é mais tratada como um simples documento orientativo a ser respeitado pelo legislador, mas sim como um programa positivo de valores que deve ser realizado pelo legislador. Novos conteúdos substantivos foram incorporados às normas legais, o que implicou em uma reinterpretação do papel desempenhado pelo texto constitucional.<sup>112</sup>

Enquanto se verificava, até a insurgência da Segunda Guerra Mundial, um modelo de Estado legislativo de Direito, no qual a Constituição era considerada como mero documento político e à lei era atribuído um papel de centralidade, hodiernamente vigora o denominado Estado Constitucional de Direito. Neste contexto, a Constituição passa a consistir numa verdadeira norma jurídica, não apenas disciplinando as demais leis, mas estabelecendo limites para o seu conteúdo e deveres a serem observados pelo Estado. Assim, há a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, das quais decorre o fenômeno da jurisdição constitucional.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; QUARESMA, Regina (coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 5-6.

<sup>113</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, n. 96, v. 12, fev./mai. 2010, p. 7-8. (p. 5-43).

O modelo de Estado liberal ou “Estado de direito legislativo”, mencionado por Zagrebelski, destaca o legislador como o “senhor do direito”, havendo, portanto, uma maior relevância atribuída à lei como fonte central do Direito. Logo, a maior segurança jurídica em um sistema fechado de regras apenas assegurava direitos como a propriedade privada e a liberdade individual. Porém, o Estado liberal, em que pese garantir parcela considerável de previsibilidade nas decisões, não era apto a garantir direitos relacionados à igualdade material e justiça social.<sup>114</sup>

Atualmente, as constituições não são meros documentos legais, mas funcionam como verdadeiros repositórios dos direitos e das garantias fundamentais dos cidadãos e de normas diretivas e programáticas a todos os poderes estatais. Diante de uma situação de omissão de um dos poderes ou da impossibilidade de alcançar os objetivos traçados de forma adequada, ocorre, conseqüentemente, um desequilíbrio entre os demais poderes, o que pode acarretar um redesenho institucional e funcional das atribuições do Estado.<sup>115</sup>

Com efeito, Guastini apresenta sete condições ou pressupostos para que se verifique a constitucionalização do Direito: 1) a existência de uma constituição rígida; 2) a presença de uma jurisdição constitucional; 3) a força vinculante da Constituição; 4) a aplicação direta das normas constitucionais; 5) a sobreinterpretação; 6) a interpretação conforme a Constituição; 7) a influência da Constituição sobre as relações políticas. As três primeiras condições são formais e necessárias à constitucionalização, sendo que as restantes são consideradas como materiais.<sup>116</sup>

A Constituição Federal de 1988, por exemplo, possui forte matriz principiológica, inspirada nas constituições europeias, decorrente de movimentos democráticos que introduziram um amplo rol de direitos fundamentais, princípios, diretrizes e compromissos políticos. O reconhecimento dos princípios como espécie de norma, juntamente com as regras, defendida por autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, gerou o abandono de algumas premissas relacionadas ao positivismo clássico, como a não conexão entre o direito e a moral.

As modificações ocorridas no final do século XX e início do século XXI impuseram a necessidade de uma nova dogmática constitucional, denominada de pós-positivismo ou

<sup>114</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho ductil**: ley, derecho y justicia. Traducción de: Marina Gascón, Madrid: Trotta, 1995, p. 21-23.

<sup>115</sup> CIPRIANI, Manoella Peixer; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 167-168.

<sup>116</sup> GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 50.

neoconstitucionalismo<sup>117</sup>, para diferenciá-lo da clássica contraposição entre positivismo e jusnaturalismo. Essas transformações não influenciaram apenas a dimensão histórico-positiva dos ordenamentos jurídicos, mas também repercutiram nos próprios pressupostos filosóficos e metodológicos utilizados pela doutrina jurídica.<sup>118</sup>

O termo surgiu sobretudo na Espanha e Itália, sendo inicialmente utilizado por Pozzolo, a fim de designar um fenômeno peculiar, que toma como premissa um modelo axiológico em que a constituição é concebida como norma. Nessa perspectiva, a constituição deve designar um conjunto de regras jurídicas positivas, que fundamentam todas as demais regras constantes no ordenamento jurídico, que passam a ser denominadas como constituição em razão do conteúdo que expressam, e não em razão do sujeito que editou o documento. Ao ressaltar a constituição como um texto com conteúdo fortemente substancialista, o neoconstitucionalismo possui a função de restaurar a relação entre o Direito e a Moral, anteriormente rompida pelo positivismo jurídico.<sup>119</sup>

As novas premissas teóricas surgiram com o objetivo de promover um modelo prescritivo de Constituição como norma, de modo a buscar conferir maior eficácia normativa ao texto constitucional. Há a previsão de certa imperatividade das normas constitucionais, relacionado à postura neoconstitucionalista que estabelece como o texto deve ser interpretado, devendo-se atentar para a especificidade da interpretação constitucional.<sup>120</sup>

Conforme ressalta Moreira, o neoconstitucionalismo é a teoria que abrange um novo paradigma do Direito, ao analisar o seu papel transformador e superar o clássico debate entre positivistas e jusnaturalistas, colocando a Constituição como ponto central. Os princípios, nesse ponto de vista, passam a caracterizar-se como verdadeiras normas integrantes da Constituição,

<sup>117</sup> Há discussões sobre a utilização desses termos, em especial, quanto aos prefixos “pós” e “neo”. Parcela da doutrina sustenta que existem diferenças semânticas entre eles, pois o termo “pós” destacaria a ideia de uma superação total de um paradigma anterior. Já o prefixo “neo” buscaria ressaltar a contribuição de novas discussões até então realizadas no paradigma anterior, mas sem defender uma superação total do positivismo. Para fins deste trabalho, ambas as expressões serão utilizadas como sinônimas, a fim de relatar o desenvolvimento teórico e histórico da constitucionalização do direito, relacionado ao desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social e à força normativa da constituição.

<sup>118</sup> SILVA, Alexandre Garrido da. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; QUARESMA, Regina (coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 93.

<sup>119</sup> POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidade de la interpretación constitucional. **DOXA**, Alicante, n. 21, v. 2, p. 342-343.

<sup>120</sup> POZZOLO, Susanna. **Neoconstituzionalismo e Positivismo Giuridico**. Turim, Giapichelli, 2001, p. 33-35.

tendo em vista a passagem de um “direito em que as normas ditam o que fazer para um direito em que os princípios indicam o que se pode fazer”.<sup>121</sup>

Buscando compreender o que caracteriza distintamente o Neoconstitucionalismo, Carbonell elenca os três principais elementos referentes a esse fenômeno: 1) as Constituições do pós-guerra não apenas estabelecem as competências estatais e separam os poderes, mas também instituem normas substantivas que devem ser concretizadas pelo Estado, como os direitos fundamentais; 2) surgimento de uma prática jurisprudencial mais complexa, por meio da construção de parâmetros interpretativos adequados às novas constituições, como os métodos interpretativos e os princípios hermenêuticos; 3) desenvolvimento de novas teorias a partir dos textos constitucionais substantivos que buscam efetivamente contribuir para a modificação do Direito.<sup>122</sup>

O Neoconstitucionalismo gera implicações tanto no modelo estatal que compreende escolhas públicas e privadas, quanto em questões conceituais referentes à forma de aproveitamento jurídico-pragmática. Isso porque a clássica dicotomia entre o positivismo, que prega um Direito estritamente a-valorativo, e o jusnaturalismo, cujos idealistas defendem um Direito repleto de valores éticos e espiritualistas, não é mais suficiente para a adequada compreensão do ordenamento jurídico. Com o avanço do constitucionalismo, as teorias tradicionais passam a enfraquecer em detrimento de uma nova teoria, caracterizada por ser um “constitucionalismo garantidor do denso conteúdo material de suas normas constitucionais”.<sup>123</sup>

A partir das definições propostas por diversos autores, Galvão reúne alguns elementos comuns, definindo o Neoconstitucionalismo como uma interpretação da prática jurídica a partir da perspectiva dos juízes, em que a Constituição no regime democrático é considerada como uma norma substantiva, exigindo do intérprete a utilização de técnicas especiais, como destaque à ponderação. Consiste, notadamente, em um modo específico de analisar o Direito, no qual há nítida valorização da função judicial na concretização das promessas previstas no texto constitucional.<sup>124</sup>

<sup>121</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008, p. 17-18.

<sup>122</sup> CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para uma definição. In: MOREIRA, Eduardo; PUGLIESI, Marcio (coords.). **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198-201.

<sup>123</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008, p. 18-19.

<sup>124</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 33.

Esse movimento pode ser estudado a partir da análise de três marcos fundamentais, responsáveis por criar uma nova percepção acerca da Constituição e sua função na interpretação jurídica.

Em primeiro lugar, o marco histórico dessa teoria pode ser definido como a Europa Continental no constitucionalismo do pós-guerra, especialmente em países como Alemanha e Itália. Após a Segunda Guerra Mundial, tornou-se necessário redefinir o papel a ser exercido pela Constituição e a influência do Direito Constitucional nas instituições jurídico-políticas. Com a criação da Lei Fundamental de Bonn (constituição alemã) de 1949 e da Constituição Italiana de 1947, surge um novo modelo de organização estatal, denominado de Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional de Direito, o qual influenciou, de forma subsequente, a reconstitucionalização dos demais países europeus. No Brasil, o neoconstitucionalismo ganha força a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual promoveu a transição de um Estado autoritário para um Estado democrático, mediante a previsão de direitos fundamentais, garantias e princípios.

Em segundo lugar, o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. Após o debate entre dois paradigmas opostos, o positivismo e o jusnaturalismo, o neoconstitucionalismo busca uma superação dos modelos puros por meio de um conjunto abrangente de ideias, agrupadas em um único ramo: o pós positivismo. Com isso, abriu-se espaço para outras reflexões acerca do Direito, superando a ideia da legalidade estrita, mas sem desprezar o direito posto ou recorrer a conceitos metafísicos e realizando uma leitura moral do Direito.

Por fim, o terceiro fundamento é o marco teórico, em que se pode destacar três grandes transformações: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição,<sup>125</sup> em que esta deixa de ser um documento essencialmente político, de modo que suas normas passaram a ser dotadas de imperatividade e a condicionar a concretização pelo Poder Público; b) a expansão da jurisdição constitucional. Enquanto anteriormente vigorava um modelo que atribuía a supremacia ao Poder Legislativo, o novo movimento constitucional impõe ao Poder Judiciário a tarefa de efetivar os direitos fundamentais; c) a nova interpretação constitucional. À

---

<sup>125</sup> O reconhecimento da força normativa da Constituição já era defendida por Konrad Hesse, em sua obra “A força normativa da Constituição”. Para o autor, ainda que de forma limitada, a Constituição possui uma força jurídica própria para estruturar o Estado e a sociedade, visto que é um reflexo das lutas existentes entre os atores políticos, econômicos e culturais existentes na sociedade em determinado momento histórico. O texto constitucional consiste em um corpo normativo fundamental do Estado, pois indica valores, elementos essenciais e indica a estrutura do Estado, possuindo supremacia normativa. (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 79-83).



interpretação constitucional não se aplicam apenas os métodos interpretativos tradicionais, pois a doutrina e a jurisprudência sistematizaram princípios próprios de interpretação constitucional, como o da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade e da efetividade.<sup>126</sup>

A ideologia presente de forma predominante na teoria neoconstitucionalista apresenta diferentes projeções, dentre as quais destaca-se a sua identificação com uma filosofia política que considera o Estado Constitucional de Direito como a melhor forma de organização política. Essa premissa traz algumas consequências e não está livre de críticas, haja vista que há uma objeção democrática ou de supremacia do legislador: quanto maiores as garantias judiciais e mais forte a constituição, reduzem-se as esferas de decisão das majorias parlamentares.<sup>127</sup>

Diante desse cenário, tornou-se crescente a importância política conferida ao Poder Judiciário, em questões anteriormente atinentes às esferas do Poder Legislativo e Poder Executivo, especialmente no que se refere às questões políticas e à concretização dos direitos fundamentais.<sup>128</sup> Dentre os órgãos participantes da estrutura do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF), desde a vigência da Constituição Federal de 1988, passou a gradativamente destacar-se pela interferência ativa na vida pública brasileira, ao ser incumbido de garantir os direitos previstos em seara constitucional.<sup>129</sup>

Segundo descreve Moller, há uma mudança substancial ao se adotarem os parâmetros defendidos pelo neoconstitucionalismo. Dentre eles, sobressaem-se o protagonismo judicial, a perda da hegemonia da lei como fonte de direito, a aplicação de forma prioritária da constituição, a presença de enunciados normativos abertos, a influência de discussões morais na aplicação das normas jurídicas e a modificação da dinâmica da separação de poderes.<sup>130</sup>

<sup>126</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 3-12.

<sup>127</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Madri. **Anuários de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, n. 5, 2001, p. 201.

<sup>128</sup> Para uma análise crítica acerca do recente fenômeno do protagonismo do Poder Judiciário e sua expansão global, ver: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995 e GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford handbook of law and politics**. Nova York: Oxford University Press, 2008.

<sup>129</sup> GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa; REIS, Ana Beatriz Oliveira. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 201-202.

<sup>130</sup> MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 15.

O Neoconstitucionalismo apresenta-se como fruto de uma convergência entre as tradições constitucionais europeia e americana, visando a assegurar um conteúdo material das normas constitucionais. Isso porque as teorias do direito tradicionais não eram mais suficientes para considerar a complexidade teórica decorrente de um constitucionalismo avançado, principalmente em decorrência do novo status conferido às Constituições.<sup>131</sup>

Nesse contexto, Comanducci apresenta três acepções para o neoconstitucionalismo: teórico, ideológico e metodológico, o que permite evidenciar, por sua vez, a distinção existente entre o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo. Enquanto o primeiro consiste em uma ideologia dirigida à limitação do poder e defesa das liberdades e direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo apresenta-se como uma ideologia, com uma consequente metodologia, contrária ao positivismo jurídico.

Em primeiro lugar, o neoconstitucionalismo teórico, caracteriza-se por concentrar a sua análise na estrutura e no papel que assume a Constituição Federal no ordenamento jurídico, de modo que a interpretação constitucional passa a apresentar algumas peculiaridades em relação à simples interpretação da lei. Já o neoconstitucionalismo ideológico diferencia-se do constitucionalismo tradicional pois coloca como objetivo secundário a limitação do poder estatal, valorizando, especialmente, a garantia dos direitos fundamentais. Este não se limita a descrever apenas os objetivos do processo de constitucionalização, mas também confere um valor positivo e defende a ampliação de mecanismos de tutela dos direitos fundamentais. Por fim, o neoconstitucionalismo metodológico, sustenta, de forma contrária ao positivismo jurídico, uma conexão necessária entre o Direito e a Moral.<sup>132</sup>

Embora existam correntes e pensadores com ideologias distintas, o que une as teorias neoconstitucionalistas é o surgimento de um novo método filosófico-pragmático, em substituição ao positivismo e jusnaturalismo tradicionais, considerados incompatíveis com a atual realidade. Desse modo, ao invés de priorizar a subsunção e silogismo do positivismo formalista ou a discricionariedade política do intérprete em casos difíceis, o neoconstitucionalismo promove a discussão de métodos de argumentação no sentido de encontrar a melhor resposta possível para os casos difíceis. Valoriza-se a razão prática no

---

<sup>131</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 18-18.

<sup>132</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 80-87.

Direito, sendo que a racionalidade jurídica, para essa teoria, aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de identificar-se com a lógica formal das ciências exatas.<sup>133</sup>

Além dos aspectos citados, o neoconstitucionalismo caracteriza-se pela incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, como a promoção da dignidade humana e os direitos fundamentais. Isso ocorreu principalmente como uma forma de reação aos regimes anteriores, marcados pelo liberalismo e individualismo extremo ou por um sistema autoritário. Após esse período, diversos países buscaram introduzir princípios e garantias fundamentais, a fim de formar um conteúdo mínimo a ser observado. Esses valores e opções políticas transformaram-se em normas jurídicas, tornando-se indispensável desenvolver formas de conferir eficácia jurídica a esses elementos normativos.<sup>134</sup>

Observa-se ainda, diante da introdução de princípios, valores e direitos fundamentais às Constituições, a expansão de conflitos específicos e gerais que podem ocorrer entre opções normativas e filosóficas existentes no sistema constitucional. Os conflitos decorrem das diferentes pretensões existentes no texto constitucional e que necessitam harmonizar-se em uma sociedade plural. Isso ocorre, por exemplo, no caso de colisões entre diferentes comandos constitucionais de igual hierarquia, como os direitos fundamentais e os princípios constitucionais.<sup>135</sup>

Nesse sentido, conforme se verá adiante, os princípios constitucionais passaram a ser reconhecidos como normas que fundamentam o ordenamento jurídico atual. Não mais se caracterizam como meros programas destinados a sugerir ações do Poder Público, e sim vinculam as ações destinadas a conferir maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.<sup>136</sup>

Com o desenvolvimento de um modelo constitucional que preza pela supremacia da Constituição e pela concretização dos direitos fundamentais, os princípios jurídicos assumem especial relevância nessa seara, pois consistem em normas que sustentam o ordenamento jurídico atual. O neoconstitucionalismo permitiu uma nova compreensão acerca da

---

<sup>133</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 137-138.

<sup>134</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 84-85.

<sup>135</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 86-88.

<sup>136</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio. **Sobre o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais**. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22634/sobre-o-neoconstitucionalismo-e-a-teoria-dos-principios-constitucionais/1>>. Acesso em: 29 set. 2018.

normatividade dos princípios constitucionais, além de um constante diálogo entre o Direito e a realidade social, a fim de reconhecer os direitos fundamentais e os fundamentos do Estado Constitucional de Direito.

## 2.2 NOÇÃO DE PRINCÍPIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A análise do direito fundamental à saúde pautar-se-á, em especial, pela aplicação de alguns princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para a subsidiariedade, solidariedade social, dignidade humana, reserva do possível e igualdade, a fim de avaliar a efetivação do direito à saúde. Assim, após a discussão acerca do papel da constituição no fenômeno do neoconstitucionalismo, serão analisadas as noções gerais sobre os princípios para, posteriormente, proceder a uma definição daqueles a serem especificamente tratados nesta monografia e sua relevância para uma nova interpretação do direito à saúde no Brasil.

O termo princípio deriva do latim *principium*, que tem o sentido de início, começo ou origem das coisas. Os princípios designam, sobretudo, as verdades primeiras, pois estão no princípio e são as premissas de todo o sistema jurídico a ser desenvolvido. Nesse sentido, correspondem a verdades objetivas que nem sempre pertencem ao mundo do ser, e sim do dever ser, sendo dotadas da qualidade de normas jurídicas.<sup>137</sup>

A juridicidade e o tratamento acerca dos princípios existentes no ordenamento jurídico apresentou-se, em síntese, por meio de três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

O jusnaturalismo constitui a fase mais antiga e tradicional, na qual os princípios pertencem a uma esfera abstrata e sua normatividade é, basicamente, nula e duvidosa, o que enseja o reconhecimento de uma dimensão ético-valorativa e seus postulados de justiça.<sup>138</sup> Nesse contexto histórico, os princípios eram considerados filosóficos, isto é, fundamentavam um ideal de justiça e de um valor ético decorrente do direito natural, não necessitando de

---

<sup>137</sup> PICAZO, Luís-Diez. Los principios generales del Derecho em el pensamiento de F. de Castro. **Anuario de Derecho Civil**, Madri, n. 4, 1983, p. 1267-1268

<sup>138</sup> BONVADIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 264-265.

positivação.<sup>139</sup> Conforme ressalta Flórez-Valdéz, os princípios, na perspectiva do direito natural, correspondiam a axiomas jurídicos, como um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana.<sup>140</sup>

Em decorrência da insegurança e insuficiência teórica da concepção jusnaturalista, surge uma nova definição de princípios oriunda do positivismo jurídico. Nessa segunda fase, os princípios foram inseridos expressamente nos códigos, mas possuíam mera aplicação supletiva e subsidiária, visando à supressão de uma lacuna normativa. Assim, os princípios consistiam em simples “válvulas de segurança”, ou seja, não eram anteriores ou superiores à lei, mas buscavam estender sua eficácia para impedir as lacunas normativas.<sup>141</sup>

Nessa fase, os princípios passaram a ser positivados e codificados, na condição de fonte normativa subsidiária. A função primordial era, portanto, suprir os vazios normativos e garantir a completude do sistema jurídico. Ao contrário do jusnaturalismo, segundo o qual os princípios decorriam da ideia de justiça, para o positivismo jurídico, os princípios originam-se do próprio ordenamento jurídico. No entanto, apesar de terem sido concebidos como pautas programáticas supralegais, eram destituídas de força normativa vinculante.<sup>142</sup>

Desse modo, os princípios foram positivados no texto normativo, o que contribuiu para que deixassem de ser apenas instrumentos de interpretação, para serem considerados efetivamente como normas jurídicas, em que pese ainda em caráter subsidiário.<sup>143</sup>

Contudo, a mera análise da validade das normas jurídicas, sob uma ótica positivista, não se mostra suficiente para a compreensão do sistema jurídico. Torna-se necessário reconhecer a normatividade e o conteúdo material vinculante dos princípios constitucionais, os quais se traduzem em elementos informadores do ordenamento jurídico.<sup>144</sup>

<sup>139</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade, democrática como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. 2009. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, p. 35-37.

<sup>140</sup> FLÓREZ-VALDEZ, Joaquín Arces. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**, Madri: Civitas, 1990, p. 37-38.

<sup>141</sup> CANÑAS, Antonio Gordillo. Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho. **Anuario de Derecho Civil**, Madri, n. 2, 1988, p. 484-485.

<sup>142</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio. **Princípios Constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 86-87.

<sup>143</sup> FERRAZ, Danilo Santos; SOUSA, Thaís Cruz. Princípios constitucionais: do jusnaturalismo ao pós-positivismo à luz da hermenêutica constitucional. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza, **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2010, p. 5884.

<sup>144</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio. **Princípios Constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 85.

No século XX, a teoria do positivismo jurídico sofre diversas críticas em relação a suas teses centrais. Tais contestações fazem com que surja uma nova corrente doutrinária acerca da função e do conceito dos princípios no ordenamento jurídico, passando de uma ótica civilista para uma verdadeira teoria constitucional.

A partir do pós-positivismo, no qual se dá o desenvolvimento de movimentos constitucionalistas do fim do século XX, as constituições passam a prever expressamente os princípios, sendo incorporados como a base dos ordenamentos jurídicos atuais. Nesse momento, a aplicação dos princípios não ocorre somente quando existirem lacunas no ordenamento, mas passam a incidir como fonte normativa para qualquer julgamento de casos concretos.<sup>145</sup>

O pós-positivismo, em decorrência da insuficiência teórica do positivismo jurídico, buscou promover uma superação do conhecimento convencional, mantendo o discurso científico de conferir relevância ao ordenamento positivo, mas também reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. Assim, inicia-se uma reaproximação entre ética e Direito, ensejando uma nova compreensão acerca dos valores compartilhados pela sociedade, os quais se materializam em princípios.<sup>146</sup>

Os princípios constitucionais passam a ser, então, a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, isto é, a ideologia seguida por determinada sociedade, conferindo maior unidade e harmonia ao sistema e servindo de guia para o intérprete do Direito. Segundo esse entendimento, os princípios exercem as seguintes funções: a) condensar valores; b) conferir maior unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.<sup>147</sup>

Com a consolidação do constitucionalismo contemporâneo, surge a teoria da normatividade dos princípios jurídicos, segundo a qual estes consistem em normas jurídicas consideradas como determinantes para outras normas subordinadas, desenvolvendo seu sentido em direções particulares. Desse modo, os princípios, anteriormente destituídos de força

---

<sup>145</sup> FERRAZ, Danilo Santos; SOUSA, Thaís Cruz. Princípios constitucionais: do jusnaturalismo ao pós-positivismo à luz da hermenêutica constitucional. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza, **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2010, p. 5885.

<sup>146</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28.

<sup>147</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 29-30.

normativa e com mera função suplementar, passam a orientar todo o sistema jurídico sob o *status* de princípios constitucionais.<sup>148</sup>

A partir do exposto, sintetiza-se que, inicialmente, a doutrina jurídica tradicional distinguia os princípios das normas, tratando-as como conceitos jurídicos distintos, de modo que a norma tinha um significado dogmático e normativamente sobreposto aos princípios. Após o desenvolvimento das contribuições teóricas de juristas como Dworkin e Alexy, originou-se uma nova concepção acerca do conceito e função dos princípios na ordem jurídica. Tornou-se predominante o entendimento de que os princípios consistem numa espécie de normas jurídicas.<sup>149</sup>

A fim de compreender adequadamente o tema, cabe destacar, os aspectos relevantes da teoria formulada por estes dois autores, acerca da distinção entre duas espécies de normas: regras e princípios jurídicos. Como uma crítica ao positivismo jurídico, o qual considerava o Direito composto exclusivamente por regras, ambos os autores defendem uma separação qualitativa entre essas categorias.<sup>150</sup>

Na ótica de Dworkin, a diferenciação entre regras e princípios é de natureza lógica, distinguindo-se quanto à forma de orientação que fornecem. Os princípios possuem, sobretudo, uma dimensão de peso ou de importância. Ao contrário, as regras aplicam-se conforme o modelo do “tudo-ou-nada”, ou seja, são válidas ou inválidas em sua totalidade. No caso dos princípios, não se indaga simplesmente sua validade, mas se analisa, em uma colisão, qual dos princípios prevalece ou possui o maior peso em um contexto específico. O princípio prevalecente, ao contrário das regras, não será aplicado apenas no caso concreto, pois mantém a sua validade no ordenamento jurídico.<sup>151</sup>

Nesse sentido, em situações envolvendo o litígio sobre direitos e obrigações jurídicas, especialmente naqueles casos difíceis, os juristas costumam recorrer a padrões que não funcionam como regras, mas operam de forma distinta, como princípios políticos e outros padrões. O autor propõe, então, a utilização do termo princípio de forma genérica, referindo-se a um conjunto de padrões que não são regras. Nessa ótica, cabe distinguir que, enquanto as

---

<sup>148</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio. **Princípios Constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 88-89.

<sup>149</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 66.

<sup>150</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, 2003, p. 609.

<sup>151</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36.

políticas seriam padrões que estabelecem um objetivo a ser alcançado em uma comunidade, os princípios consistem em padrões a serem observados, não para assegurar um objetivo considerado desejável, mas sim por ser uma exigência de justiça, equidade ou de outra dimensão da moralidade.<sup>152</sup>

Apesar de divergir em alguns aspectos, Alexy utiliza os pressupostos básicos desenvolvidos por Dworkin, ao defender que a distinção entre regras e princípios é de natureza qualitativa, sendo sua principal contribuição o desenvolvimento de alguns conceitos. Em sua obra, destaca que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, pois exigem que algo seja realizado na maior medida possível. Ademais, não contêm um mandamento definitivo, de modo que a relevância de um princípio em um caso específico não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio determina para esse caso, pois representam razões que podem ser afastadas. Por outro lado, as regras exigem que seja realizado exatamente o que ordenam, possuindo uma extensão e conteúdo determinados.<sup>153</sup>

No entendimento de Alexy, os princípios são normas que visam algo a ser realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, uma vez que são mandados de otimização. Deve-se atentar para as condições normativas, haja vista que a aplicação destes depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem, bem como para as condições fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos concretos.<sup>154</sup> Assim, conclui-se que a violação a um princípio constitui uma ofensa grave, ao atentar contra todo o ordenamento jurídico.<sup>155</sup>

Ademais, pode-se definir, ainda, que “no princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normado”. Os princípios designam a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia central, da qual todas as demais normas se subordinam ou derivam.<sup>156</sup> Infere-se, ainda, que contêm uma maior

---

<sup>152</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36.

<sup>153</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 103-106.

<sup>154</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29.

<sup>155</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 85-86.

<sup>156</sup> ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: CS Edições, 1994, p. 21-22.



carga valorativa, um fundamento ético, decisão política relevante e indicam uma determinada direção a seguir.<sup>157</sup>

Na ótica de Bobbio, os princípios consistem em normas fundamentais ou gerais de um ordenamento jurídico, com o objetivo de regular casos específicos ou serem utilizados de modo complementar na existência de lacunas. Para o autor, apesar das divergências quanto ao tema, os princípios são uma espécie de normas jurídicas, o que se sustenta conforme dois argumentos. Em primeiro, ressalta que, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, não há razão para não lhes atribuir o sentido de normas. Em segundo, os princípios exercem a mesma função cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso.<sup>158</sup>

Em consequência, constituem normas imediatamente finalísticas, com a pretensão de estabelecer um conteúdo inicial a ser analisado. Os princípios instituem, especialmente, o dever de adotar comportamentos necessários a fim de realizar um estado de coisas, ou estabelecem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários.<sup>159</sup>

No mesmo sentido, a Corte Constitucional italiana, em sua sexta sentença proferida em 1956, assinala que devem ser considerados como princípios as orientações e diretivas de caráter geral e fundamental, que podem ser deduzidas a partir da conexão temática, da coordenação e da racionalidade das normas que contribuem para a formação do ordenamento jurídico em um determinado contexto histórico.<sup>160</sup>

Desse modo, “os princípios constitucionais são normas que sustentam todo o ordenamento jurídico, tendo por função principal conferir racionalidade sistêmica e integralidade ao ordenamento constitucional”, como orientações e mandamentos de natureza informadora da racionalidade do ordenamento jurídico-constitucional vigente. São dotados de eficácia vinculante, caracterizando-se como normas constitucionais para a garantia, sobretudo, dos direitos fundamentais.<sup>161</sup>

<sup>157</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31.

<sup>158</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Unb, 1995, p. 158-160.

<sup>159</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70-72.

<sup>160</sup> ITÁLIA. La Corte Costituzionale. **Sentenza n. 6, Roma**. Consulta Online, Decisioni, 26 junho 1956. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

<sup>161</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio. **Princípios Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 89.

Conforme destaca Barroso, os princípios “são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico”. Normalmente descrevem estados ideais a serem buscados, mas não delimitam de forma objetiva a conduta a ser seguida. Podem referir-se tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos, constituindo, predominantemente, normas de caráter descritivo.<sup>162</sup>

Sob essa linha, Canotilho aponta que os princípios são verdadeiras normas qualitativamente distintas das outras categorias de normas jurídicas. Enquanto os princípios são normas impositivas de otimização, isto é, podem apresentar-se sob vários graus de concretização conforme as condições fáticas e jurídicas, as regras são normas que proferem uma exigência que é ou não cumprida por completo. Em síntese, os princípios podem coexistir no ordenamento jurídico, em consonância com o caso concreto, permitindo um balanceamento de valores e interesses. As regras, por outro lado, excluem-se, sendo válidas apenas na exata medida de sua prescrição.<sup>163</sup>

De se ressaltar ainda que os princípios podem ser concebidos como o fundamento das regras, ou seja, como normas intrinsicamente ligadas às regras e que delimitam o seu campo de aplicação. Como decorrência, as regras devem ser interpretadas em conformidade com o princípio que lhe deu origem.<sup>164</sup> Do mesmo modo, os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevados e que, no caso concreto, por serem vagos e indeterminados, necessitam de mediações concretizadoras do legislador ou do juiz. Ainda assim, possuem natureza estruturante em decorrência de sua importância no ordenamento jurídico e posição hierárquica no sistema das fontes.<sup>165</sup>

Acrescenta-se que, segundo o entendimento de Canaris, os princípios apresentam quatro pressupostos básicos: a) não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou contradição entre si; b) não possuem a pretensão de exclusividade, isto é, uma mesma consequência jurídica, característica de um determinado princípio, também pode ser relacionada com outro princípio; c) ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas, ou seja, determinados conceitos jurídicos apenas são

---

<sup>162</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 205-206.

<sup>163</sup> CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1161.

<sup>164</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 565-569.

<sup>165</sup> CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159-1161.

compreendidos adequadamente se analisados sob a ótica de alguns princípios; d) para a sua realização, os princípios necessitam da concretização por meio de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio.<sup>166</sup>

Além disso, os princípios jurídicos, como critérios em conexão com o Direito, qualificam-se como pautas diretivas de normação, podendo justificar determinadas resoluções jurídicas. Os princípios não possuem o caráter de serem regras concebidas de forma geral, pois carecem, antes de tudo, de serem concretizados por meio da lei ou da jurisprudência.<sup>167</sup>

Há de se reconhecer, sobretudo, que os princípios são uma parte juridicamente dogmatizada do sistema de normas, operando normativamente. Em outra possibilidade, os princípios podem formar o ponto de partida para o desenvolvimento de soluções para decisões judiciais, consistindo em máximas doutrinárias que orientam o pensamento jurídico.<sup>168</sup>

A partir da explanação acerca dos princípios, destaca-se que o direito não é mero agregado de normas, mas sim um conjunto dotado de unidade e coerência, o que decorre da existência dos princípios. A importância destes preceitos leva à conclusão de que os princípios são normas jurídicas e elementos internos ao sistema, estando nele integrados e inseridos. Assim, a interpretação da Constituição deve ser baseada na força dos princípios consagrados no ordenamento jurídico.<sup>169</sup>

Tendo em vista os diversos estudos teóricos acerca do tema, Atienza e Manero ressaltam que o termo princípio pode ser utilizado pelos juristas com diferentes significados. Em um sentido de normas geral, os princípios podem regular casos cujas propriedades relevantes são muito gerais; podem ainda manifestar o sentido de uma norma redigida em termos vagos e com uma estrutura aberta; possuir o sentido de uma norma programática ou diretriz, ou seja, uma norma que estipula a obrigação de alcançar determinados fins; ter o sentido de uma norma que expressa os valores superiores de um ordenamento jurídico ou instituição; constituir uma norma especialmente importante, ainda que com grau baixo de generalidade; ter o sentido de norma de elevada garantia, de modo que todas as normas constitucionais seriam princípios; no sentido de uma norma aos órgãos de aplicação jurídicos e

---

<sup>166</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 88-91.

<sup>167</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 674-675.

<sup>168</sup> ESSER, Josef. **Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961, p. 88-90.

<sup>169</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 165.

que assinala, com caráter geral, como uma norma deve ser aplicada ou interpretada; e, por fim, no sentido de *regula iuris*, ou seja, um enunciado ou máxima da ciência jurídica de um considerável grau de generalidade e que permite a sistematização do ordenamento jurídico, que podem ou não ser incorporados ao Direito positivo.<sup>170</sup>

Desse modo, Guastini destaca que os princípios também são normas, isto é, enunciados do discurso prescritivo, direcionados à orientação do comportamento. Haja vista suas características peculiares, para que determinadas normas jurídicas alcancem o *status* de princípio, é possível inferir que: 1) os princípios caracterizam-se por serem o fundamento de um conjunto de outras normas, diferenciando-se em face de sua importância para o ordenamento jurídico; 2) em relação à sua formulação linguística, os princípios, ao contrário das demais normas, são dotados de um significado indeterminado, de modo que sua aplicação envolve um elevado grau de discricionariedade; 3) por fim, os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade.<sup>171</sup>

Para Crisafulli, um dos primeiros autores a tratar da normatividade dos princípios, estes consistem em toda a norma jurídica considerada como determinante de outras subordinadas, desenvolvendo e especificando seus preceitos em direções mais particulares.<sup>172</sup>

Sob essa visão, os princípios, dotados de normatividade, exercem algumas funções resumidas por Bonavides, em sua obra, a partir das considerações dos juristas F. de Castro, Norberto Bobbio e Trabucchi, quais sejam: fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa.

Os princípios destacam-se por serem o fundamento da ordem jurídica, dotados de eficácia derogatória e diretiva no âmbito jurídico, vez que, se uma norma contrapõe-se ao núcleo de irradiação normativa assentado nos princípios, perderá a sua validade ou sua vigência. Exercem, a seguir, a função orientadora e interpretativa, consistindo em vetores do sentido jurídico das normas que exigem a compreensão do intérprete. Pela função supletiva e de integração do Direito, os princípios são responsáveis por suprir as lacunas e ausências de sentido regulador em determinadas normas. Há, ainda, a função diretiva, própria dos princípios programáticos da Constituição, e a função limitativa.<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre principios y reglas, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Doxa, n. 10, 1991, p. 101-120.

<sup>171</sup> GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quarter Latin, 2005, p. 186-191.

<sup>172</sup> CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le sue disposizioni di Principio**. Milão: Giuffrè Editore, 1952, p. 15.

<sup>173</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. Malheiros: São Paulo, 2014, p. 289-290.

No entanto, cabe ressaltar que, em uma ordem constitucional pluralista, podem existir princípios que contemplem valores ou fundamentos diversos, o que decorre da própria contextualização atribuída pela teoria pós-positivista. Essa colisão ocorre tendo em vista o pressuposto de que, os princípios não incidem na forma do *tudo ou nada*, de validade ou invalidade. Sendo reconhecidos em face de uma dimensão de peso ou importância, o intérprete analisará, segundo os elementos do caso concreto, qual princípio será utilizado como fundamento da decisão.<sup>174</sup>

Atualmente, predomina o entendimento de que os princípios possuem *status* conceitual e positivo de norma jurídica, de modo que possuem positividade, vinculatividade e eficácia. A normatividade, nessa seara, é reconhecida tanto aos princípios expressa e explicitamente previstos na ordem jurídica, quanto àqueles descritos pela doutrina e decorrentes de sua aplicação aos casos concretos.<sup>175</sup>

Nessa ótica, os princípios constituem normas que direcionam e delimitam o campo de aplicação das demais regras jurídicas, expressando uma diretriz ou pressuposto a ser seguido sem descrever, objetivamente, determinada conduta a ser seguida. Sua função torna-se relevante, em especial, para conferir uma maior sustentação e concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, tal como se observará em relação ao direito à saúde.

Após a explanação acerca da teoria geral envolvendo os princípios no ordenamento jurídico e sua influência no Brasil, tratar-se-á especificamente dos princípios que norteiam essa pesquisa acadêmica e que são fundamentais para a adequada compreensão do direito fundamental à saúde, conferindo destaque, em especial, ao princípio da subsidiariedade.

## 2.3 PRINCÍPIOS DELINEADORES DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Estabelecida uma noção acerca do termo princípio, procede-se à análise da subsidiariedade, por orientar a pesquisa acadêmica, e dos demais princípios que com ela mantêm uma relação de pertinência, sendo estes os princípios da solidariedade social, da

---

<sup>174</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 124-125.

<sup>175</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61.

igualdade, da dignidade humana, além da teoria da reserva do possível. A análise do direito fundamental à saúde sob a ótica do princípio da subsidiariedade, neste estudo, tem o condão de avaliar a possibilidade de ser estabelecida uma gratuidade modulada segundo a capacidade econômica ou financeira dos seus destinatários.

O termo subsidiariedade advém do latim *subsidium*, com o sentido de ajuda ou socorro de uma instância superior, quando a inferior não consegue realizar determinada ação. Pode referir-se tanto à necessidade de um ente estatal auxiliar outro, a exemplo do apoio de um Estado-membro a um município em situação de calamidade, como de um ente estatal amparar uma pessoa que não consegue prover uma demanda por incapacidade comprovada, a exemplo do direito à saúde. Desse modo, estando ao alcance da pessoa atingir bens necessários para garantir a sua dignidade, o Estado não deve intervir e, do contrário, não pode abster-se de realizar uma prestação positiva ao cidadão, se a omissão atenta contra a sua dignidade.<sup>176</sup>

Embora tenha sido tratada indiretamente por filósofos como Aristóteles e Tomás de Aquino, a Subsidiariedade foi melhor estruturada por Althusius, no início do século XVII, ao esclarecer que as comunidades estão organizadas de acordo com uma hierarquia em que, no primeiro nível, está a família, em seguida tem-se as organizações civis, a cidade, a província e, no nível mais elevado, o Estado. A família deve ser ajudada pelas organizações civis quando em situação de necessidade impreterível. As associações civis devem ser amparadas pela cidade e assim, as cidades que se encontrem em situação de calamidade pela província. Por fim, a província merece auxílio do Estado, como ente mais elevado, de modo que todos estejam ligados por um modelo que lhes dê segurança diante das adversidades. Trata-se de uma concepção fundada na ideia de que cada um tem o dever de prover as suas necessidades por meio de seus próprios recursos, mas que, por outro lado, também tem o direito de ser auxiliado quando se encontra em situação de dificuldade intransponível individualmente.<sup>177</sup>

Posteriormente, autores clássicos como John Locke, Jeremy Bentham, Pierre Joseph Proudhon, Thomas Hobbes, John Stuart Mill e George Jellinek também abordaram a subsidiariedade, ainda que de forma superficial, estabelecendo uma relação entre a

<sup>176</sup> DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 104-105.

<sup>177</sup> ALTHUSIUS, Johannes. **Política**. Rio de Janeiro: Liberty Fund; Topbooks, 2003, p. 112-121.

subsidiariedade e a liberdade, como mecanismo de promoção da defesa dos direitos individuais e como forma de combater o absolutismo exacerbado.<sup>178</sup>

Apenas com a Encíclica *Quadragesimo Anno*, elaborada em 1931, pelo Papa Pio XI, a subsidiariedade foi descrita de modo preciso, ao estabelecer que não se pode conceder aos cidadãos aquilo que eles mesmos são capazes de alcançar por suas próprias forças e submeter tais funções ao ente estatal, isto é, não seria justo que o ente coletivo realize as atividades que os entes sociais menores podem concretizar.<sup>179</sup> Corroborando a conceituação desse princípio, a Carta Encíclica *Mater et Magistra* descrita em 1961 pelo Papa João XXIII, explicitou detalhadamente a necessidade de que as relações entre os indivíduos e os poderes públicos devem pautar-se pela reciprocidade e responsabilidade mútua devem guiar as relações entre os indivíduos e os poderes públicos.<sup>180</sup>

Na concepção de Messner, a subsidiariedade deve ser compreendida a partir da análise das finalidades e relações intrínsecas entre os entes sociais. Nesse contexto, toda a atividade social seria subsidiária em sua essência, de modo que o homem e as unidades sociais menores possuem finalidades essenciais a cumprir conforme a natureza humana, sendo detentores de uma responsabilidade moral primária. Estes possuem, decorrentes dessa relação, direitos e esferas de atuação próprios, formando uma responsabilidade secundária, apta a capacitar os indivíduos e os entes sociais através do bem comum e da realização pessoal.<sup>181</sup>

Outrossim, Delcamp ressalta que a ideia básica do princípio da subsidiariedade é a de que o Poder Público apenas deve interferir quando a sociedade, sejam determinados grupos ou sujeitos individuais, não sejam capazes de satisfazer às suas próprias necessidades.<sup>182</sup>

Além dessa abordagem, evidencia-se a subsidiariedade como um princípio de relação entre o particular e a organização política, segundo o qual o indivíduo outorga a entes ou instituições o poder necessário para que possa realizar os objetivos e políticas públicas que ele

<sup>178</sup> SILVA, José Daniel Tavares da Silva. **Integração, subsidiariedade e autonomias na União Europeia, Portugal e as regiões autônomas dos Açores e Madeira**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela.

<sup>179</sup> VICARÍA EPISCOPAL DE PASTORAL ARQUIDIÓCESIS DE MÉXICO. **Carta Encíclica Quadragesimo Anno**. Par. 80. Disponível em: < [http://www.vicariadepastoral.org.mx/assets/quadragesimo\\_anno.pdf](http://www.vicariadepastoral.org.mx/assets/quadragesimo_anno.pdf) >. Acesso em: 04 out. 2018.

<sup>180</sup> CENTRO NACIONAL DE FÉ E POLÍTICA DOM HELDER CÂMARA – CEFEP. **Carta Encíclica “Mater et Magistra”**. Par. 53, 116 e 151. Disponível em: <<http://www.cefep.org.br/carta-enciclica-de-joao-xxiii-mater-et-magistra/>>. Acesso em: 04 out. 2018.

<sup>181</sup> MESSNER, Johannes. **La Cuestión Social**. Madrid: Ediciones Rialp, 1960, p. 362-363.

<sup>182</sup> DELCAMP, Alain. **Droit Constitutionnel et Droit Administrative**: princepe de subsidiarité et décentralisation. *Revue Française de Droit Constitutionnel*. Paris, Press Universitaires de France, n. 23, 1995, p. 609-624.

mesmo não possui capacidade para realizar. Porém, o indivíduo permanece com uma parcela de autodeterminação que não pode ser vedada pelas instituições estatais. Portanto, esse princípio articula tanto a ideia de autonomia individual quanto do bem comum.<sup>183</sup>

Na ótica de Sanchez Agesta, o princípio da função subsidiária ou da subsidiariedade relaciona-se principalmente com a “ordenação e função recíproca dos grupos entre si e com a comunidade política que os compreende”, em decorrência da nova ponderação entre a natureza complexa da estrutura social e o modo como essa estrutura se define na comunidade política. Entretanto, isso não significa que o Estado tenha apenas uma função subsidiária ou supletiva, visto que o princípio da subsidiariedade visa a definir, sobretudo, a natureza das relações entre o Estado e a sociedade.<sup>184</sup>

Do mesmo modo, Carrera define a subsidiariedade como um princípio geral de organização social e delimitação de esferas de atuação entre a sociedade e os poderes públicos.<sup>185</sup> Já Delors especifica a delimitação da atuação da subsidiariedade, ao afirmar que o referido princípio não consiste apenas em um limite para a intervenção de uma autoridade superior em relação a uma pessoa ou comunidade capaz de agir por si mesmo, mas também uma obrigação para que essa autoridade atue em relação a essa pessoa ou comunidade oferecendo-lhe os recursos necessários para agir. Ainda, a subsidiariedade deriva de uma defesa moral relacionada à dignidade e responsabilidade das pessoas que fazem parte da comunidade, mostrando-se como o objetivo principal de qualquer sociedade.<sup>186</sup>

O princípio é ainda uma fonte de regulamentação das relações de poder e finalidade, ou seja, analisa a relação entre níveis de concentração de poder e os níveis de interesses a serem cumpridos. Há um processo em que inicialmente cabe ao indivíduo ou grupo social atuar para satisfazer seus interesses a partir de seus próprios meios, atribuindo, em seguida, ao Estado agir, subsidiariamente, nas demandas que, em virtude sua natureza, a sociedade não consegue cumprir de forma eficiente.<sup>187</sup>

<sup>183</sup> SERRANO, Miryam Rodríguez-Izquierdo. **Posibilidades Constitucionales del Principio de la Subsidiariedad**. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2008, p. 34-35.

<sup>184</sup> AGESTA, Luiz Sanchez. El principio de la función subsidiaria. **Revista de Estudios Políticos**, Madri, n. 121, jan./fev. 1962, p. 5-7.

<sup>185</sup> CARRERA, Boixareu Angel. El principio de subsidiariedad. **Revista de Instituciones Europeas**, Madri, n. 21, set./dez. 1994, p. 774.

<sup>186</sup> DELORS, Jacques. **Le principe de subsidiarité: contribution au debat**. Paris: Institut Européen d'administration publique, 1991, p. 8-9.

<sup>187</sup> SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. **O princípio da subsidiariedade como critério de delimitação de competências na regulação bancária**. 2018. Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 109.



De acordo com Götz e Hecker, o princípio da subsidiariedade pode ter duas aplicações distintas: 1) sociopolítica, que leva em consideração as relações entre o Estado e a sociedade ou entre o Estado e o indivíduo; 2) de organização do Estado, estruturando e delimitando as esferas de competência dos entes estatais que atuam em diferentes esferas.<sup>188</sup> O presente trabalho tratará, em especial, do aspecto sociopolítico desse princípio, a fim de compreender a sua aplicação para conferir maior efetividade ao direito fundamental à saúde.

Conforme ressaltado, a subsidiariedade, em uma concepção sociopolítica, encontra seu fundamento no fato de que, em um determinado contexto social, existem diferentes domínios. O princípio serve, nessa ótica, como baliza para regulamentar as margens de intervenção ou um critério de referência para avaliar a atuação entre o Poder Público e os particulares.<sup>189</sup>

Ademais, cabe salientar que, embora o referido princípio não esteja inserido de forma expressa no texto constitucional, a subsidiariedade deve ser compreendida de forma ampla, visando à valorização da dignidade humana e à justificação da existência do Estado para assegurar os interesses da sociedade.<sup>190</sup> Neste diapasão, a subsidiariedade afigura-se como um princípio balizador da atuação dos poderes públicos, visando delimitar o espaço em que lhes cabe agir e, em sentido oposto, quando devem abster-se, sob risco de praticarem excessos. Constitui, sobretudo, uma garantia contra a arbitrariedade, sendo necessário que toda autoridade investida de funções deva justificar seus atos.<sup>191</sup>

Dessa análise decorre, do mesmo modo, a obrigação de que o indivíduo ou comunidade menor atue sempre que o possa fazer por seus próprios meios, buscando o auxílio da entidade maior apenas quando não possa desempenhar sozinha uma determinada atividade.<sup>192</sup> Neste sentido, a subsidiariedade afigura-se como um princípio balizador da atuação dos poderes públicos, visando delimitar o espaço em que lhes cabe agir e, em sentido oposto, quando devem abster-se, sob risco de praticarem excessos.

<sup>188</sup> GÖTZ, Volkmar; HECKER, Michael. Il principio di sussidiarietà nel diritto costituzionale tedesco con particolare riferimento allá sua dimensione federale. In: RINELLA, Angelo; COEN, Leopoldo; SCARCIGLIA, Roberto. (Org.) **Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto**. Padova: CEDAM, 1999, p. 50.

<sup>189</sup> DELPÉRÉE, Francis. Justice constitutionnelle et subsidiarité: observations liminaires. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Justice constitutionnelle et subsidiarité**. Bruxelas: Bruylant, 2000, p. 183-184.

<sup>190</sup> DUARTE, Francisco Carlos; NACLE, Isabella Cristina. Subsidiariedade: a evolução do princípio constitucional limitador da interferência estatal. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 68, jun. 2014, p. 97.

<sup>191</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e revolução. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 200, abr. 1995, p. 40.

<sup>192</sup> PARGA, Milagros María Otero. El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario europeo. In: **La constitución española em el ordenamiento comunitario europeo (I): XVI jornadas de estudio**. Madri: Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones, 1995, p. 494-495.

Importa ressaltar, nesse sentido, que a subsidiariedade apresenta um caráter de ambiguidade, ou seja, uma dupla dimensão entre a capacidade e a eficiência. É que, ao mesmo tempo em que defende a autonomia do indivíduo ou de parcela da comunidade em um determinado domínio, no qual possui capacidade para realizar as atribuições por conta própria, também admite a intervenção de uma autoridade pública ou de uma instância de maior âmbito, nos casos em que for necessário ou mais eficiente.<sup>193</sup>

A subsidiariedade consiste, segundo Torres, em um princípio de ordem social, pois exige uma sociedade pluralista, organizada e autônoma, a fim de organizar as entidades intermediárias em suas competências. Além de garantir a autonomia e a liberdade dessas entidades, gera-se nos indivíduos ou grupos o sentimento de responsabilidade pelo bem comum, estando dispostos a assumir, por si próprios, suas responsabilidades. O fato de o indivíduo sentir-se responsável e assumir seus deveres é fundamental na esfera do direito à saúde, a fim de coibir que, frente a qualquer empecilho, recorra imediatamente ao Estado, mesmo possuindo condições para arcar com os ônus por conta própria.<sup>194</sup>

Cabe ressaltar, nesse sentido, que admitir a subsidiariedade como princípio fundamental no ordenamento jurídico, a fim de justificar interferência pública no âmbito privado, não significa defender um modelo de Estado mínimo e que apenas transfere determinadas funções ao livre arbítrio de agentes privados.<sup>195</sup> O equilíbrio do princípio da subsidiariedade significa que se deve auxiliar supletivamente os membros do corpo social, mas sem destruí-los. Conforme afirma Baracho, “antes de deferir ao Estado certas competências, devemos verificar se são capazes de resolvê-las os próprios homens ou as sociedades intermediárias [...] quando alguma tarefa pode ser cumprida pelo homem ou pelos grupos sociais, bem como pelo Estado, deve-se dar preferência aos primeiros.”<sup>196</sup>

O princípio é ainda essencial para a concretização de uma sociedade democrática, para uma melhor articulação entre os grupos sociais e concretização do pluralismo social. Isso porque, no entender de Serrano, a democracia fundamenta-se em níveis distintos de decisão, de modo que a subsidiariedade contribui para a determinação de soluções para os problemas e

<sup>193</sup> SOUZA, Paulo Fernando e. **A Subsidiariedade como Princípio de Organização do Estado e sua Aplicação no Federalismo**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p.62.

<sup>194</sup> TORRES, Silvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 124-127.

<sup>195</sup> NACLE, Francisco Carlos; NACLE, Isabella Cristina Costa. Subsidiariedade: a evolução do princípio constitucional limitador da interferência estatal. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 68, jun. 2014, p. 99.

<sup>196</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 48-49.

contribui para o fortalecimento da democracia, mediante uma maior autodeterminação e responsabilidade dos grupos sociais.<sup>197</sup>

Partindo-se dessa ótica, a subsidiariedade constitui um princípio essencial no Estado Social de Direito, ao admitir a efetivação do interesse público pelo indivíduo e por outros entes intermediários, não relegando essa função apenas aos entes estatais.<sup>198</sup> Da mesma forma, os poderes públicos devem adequar-se a esse modelo, dividindo-se conforme suas atribuições, regulando as relações entre o Estado e os particulares e entre os próprios entes estatais que o compõem. Assim, deve-se distribuir as responsabilidades conforme as autoridades competentes diretamente vinculadas aos cidadãos, bem como definir o âmbito de atuação de cada entidade.<sup>199</sup>

A pretensão de atribuir uma distinção em razão da capacidade econômica ou financeira exige também uma abordagem da temática a partir do princípio da solidariedade social. A solidariedade, no entender de González Sánchez, funda-se num modelo social em que a pessoa deixa de adotar uma atitude passiva e assume responsabilidades e deveres, aceitando uma série de compromissos sociais relacionados à organização política. Isso passa a concretizar-se com maior amplitude quando a solidariedade social é elevada à categoria de princípio jurídico.<sup>200</sup>

No Brasil, a solidariedade social foi inserida na Constituição Federal de 1988 no inciso I, do artigo 3º, como norma programática, dispondo que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade solidária. Embora as normas programáticas não possuam força normativa direta, no entender de Afonso da Silva, são comandos diretivos que vinculam o legislador ordinário, condicionam as legislações futuras, orientam a interpretação e a aplicação das normas jurídicas, vinculam a atividade discricionária da Administração Pública e as decisões do Poder Judiciário.<sup>201</sup>

A solidariedade, conforme destaca Sanchez, remonta a um conceito indeterminado, pois não existe uma concreta delimitação do seu conteúdo. Seu conceito relaciona-se a diversos componentes sociais, como educação, saúde, assistência social, vida digna, entre outros.

---

<sup>197</sup> RODRÍGUEZ-IZQUIERDO-SERRANO, Miryam. **Possibilidades constitucionales del principio de subsidiariedad**. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2008, p. 37-39.

<sup>198</sup> QUADROS, Fausto de. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 18.

<sup>199</sup> TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 34-36.

<sup>200</sup> GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El principio de solidaridad em la Constitución Española: Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano**. Salamanca: Ratio Legis, 2012, p. 28.

<sup>201</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 151.

Consiste, sobretudo, em um valor ético que necessita de um reconhecimento social, mediante critérios racionais, podendo ser exercida no âmbito individual e como uma limitação ao Poder Público.<sup>202</sup>

Ademais, a solidariedade refere-se ao papel do meio social na realização da dignidade da pessoa, ou seja, o aspecto extrínseco relacionado ao reconhecimento. Sua definição diz respeito a uma ação concreta em favor do bem do outro, sendo não apenas um sentimento de benevolência, mas uma categoria essencial da vida social.<sup>203</sup>

A caracterização da solidariedade social como objetivo fundamental da Constituição brasileira resulta numa interpretação em conformidade com essa nova diretiva. Significa em primeiro, que o Estado, o indivíduo e a sociedade são responsáveis pela concretização de uma maior efetividade possível dos direitos fundamentais e, em segundo, que determinadas prestações positivas conferidas individualizadamente à pessoa, a exemplo do fornecimento de medicamentos a pacientes portadores de enfermidades, devem ser concedidas de acordo com características próprias do seu destinatário, como se verá adiante.

Esse princípio ganha força após a queda do modelo de Estado eminentemente liberal e com a instauração de um Estado Social, que tem como característica principal a consolidação de um constitucionalismo de estrutura solidária. Em especial, o surgimento dos regimes totalitários na Europa durante a Segunda Guerra Mundial demonstrou de forma evidente as falhas presentes no pressuposto principal do Estado liberal, qual seja, o não intervencionismo do Poder Público no desenvolvimento econômico e social. Nesse contexto, o constitucionalismo do Estado Social caracteriza-se pela sua capacidade em desenvolver mecanismos e possibilidades de articulação social.<sup>204</sup> Esse processo histórico-social culminou com a positivação desse princípio nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacional.

Pode-se afirmar, conforme ressalta Boiteux, que a solidariedade é um princípio jurídico vinculado à relação entre si dos integrantes de um conjunto, bem como da relação do todo com cada uma de suas partes.<sup>205</sup> A solidariedade foi integrada à Constituição Federal

<sup>202</sup> GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El principio de solidaridad em la Constitución Española**: Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano. Salamanca: Ratio Legis, 2012, p. 22-23.

<sup>203</sup> DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 131-132.

<sup>204</sup> MARTÍN, Carlos de Cabo. **Teoría Constitucional de la Solidaridad**. Madri: Marcial Pons, 2006, p. 45-47.

<sup>205</sup> BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. El principio de la solidaridad y los derechos humanos de naturaleza ambiental. In: LOSANO, Mario Giuseppe (Ed.). **Solidaridad y Derechos Humanos em tempos de crisis**. Madri: Dykinson, 2011, p. 91.

brasileira de forma que passou a ser a base do sistema de princípios éticos, mobilizando os indivíduos e grupos ao desenvolvimento de relações sociais benéficas.<sup>206</sup>

Em seguida, cabe discorrer sobre o contexto histórico e delimitação do princípio da igualdade. A Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789 expressa em seu artigo 1º que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”. Nesse sentido, o princípio da igualdade relaciona-se com a igual posição em matéria de direitos e deveres, consistindo, essencialmente, em dois pressupostos: a) proibição de privilégios e benefícios ao usufruir de determinados direitos ou na isenção de deveres; b) proibição de prejuízo em detrimento da privação de qualquer direito ou imposição de deveres.<sup>207</sup>

Como observa Garcia, na evolução do princípio da igualdade podem ser identificadas três fases: a igualdade perante a lei; b) a igualdade com o sentido de vedação a qualquer forma de discriminação; c) a igualdade na aplicação da lei. Hodiernamente estas fases podem ser compreendidas na distinção entre igualdade formal e igualdade material.<sup>208</sup>

A igualdade formal, veiculada no caput do artigo 5º da Constituição Federal com a expressão “todos são iguais perante a lei”, exprime proibição de tratamentos diferenciados, de modo que todos que se encontram numa mesma situação recebam o mesmo reconhecimento pela lei. Por sua vez, a igualdade material, significa vedação da utilização de critérios injustos e violadores da dignidade da pessoa humana, no que diz respeito às situações de fato, visando evitar ou reduzir desigualdades substanciais. Todavia, apesar da distinção, ambas estão intrinsicamente ligadas, haja vista que tanto a lei deve ser justa, como a sua aplicação concreta.<sup>209</sup>

Conforme assinala Hesse, o princípio da igualdade em geral proíbe tratar o essencialmente igual desigualmente, e o essencialmente desigual igualmente. A igualdade constitui, para o autor, uma tarefa fundamental do estado de direito social, de que o Poder Público, em especial o legislador, deve utilizar critérios justos como base para uma equiparação,

---

<sup>206</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, p. 577-581.

<sup>207</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 338-339.

<sup>208</sup> GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 36-37.

<sup>209</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 539-540.

a fim de, no sentido da filosofia clássica, conceder a cada um o que é seu, ou seja, de concretizar a igualdade em seu sentido material.<sup>210</sup>

O princípio da igualdade significa ao legislador que, ao elaborar as leis, deve reger com iguais disposições situações idênticas e, reciprocamente, distinguir as situações que sejam distintas entre si, a fim de caracterizá-las de forma proporcional às suas diversidades.<sup>211</sup> Porém, além de constituir uma limitação a ser observada pelo legislador, sob pena de inconstitucionalidade da lei, o princípio da igualdade apresenta-se como uma regra de interpretação ao juiz, que deverá conferir à lei o entendimento que não crie distinções.<sup>212</sup>

Oportuna ainda a clássica assertiva de Rui Barbosa, ao inferir que “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”. Acrescenta ainda que “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.<sup>213</sup>

Do mesmo modo, a igualdade subsiste como norma voltada tanto ao aplicador da lei quanto ao próprio legislador. Destina-se, sobretudo, a conferir tratamento equitativo aos cidadãos, o que não impede a necessidade de deferir disciplinas diversas para situações equivalentes, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.<sup>214</sup>

Analisar somente a igualdade perante a lei não traduz a adequada compreensão do ordenamento jurídico hodierno, devendo ser interpretada como um limite à própria lei. Considerar a igualdade meramente como a necessidade de aplicação equânime das normas jurídicas, sem levar em conta as distinções existentes na sociedade, a tornaria um simples

---

<sup>210</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 335-336.

<sup>211</sup> FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 41, jul./set. 1955, p. 5.

<sup>212</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, 220-221.

<sup>213</sup> BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços**. São Paulo: JG Editor, 2003, p. 46.

<sup>214</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 10.

princípio de regularidade na aplicação do direito em geral.<sup>215</sup> Conclui-se que o princípio da igualdade não postula apenas um tratamento igual, mas também um tratamento desigual, de acordo com os elementos diferenciadores entre determinadas pessoas, de modo que “quando os indivíduos são iguais – mais rigorosamente: quando os indivíduos e as circunstâncias externas são iguais, devem ser tratados igualmente, quando os indivíduos e as circunstâncias externas são desiguais, devem ser tratados desigualmente”.<sup>216</sup>

Como esclarece Sarlet, a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva que faz com que cada ser humano seja merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, de modo a garantir que não sofra qualquer ato de cunho degradante e desumano, bem como seja portador de condições existenciais mínimas para uma vida saudável.<sup>217</sup>

A necessidade de atribuir ao indivíduo um valor intangível originou-se, especialmente, de documentos históricos como a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, os quais reconheceram importantes direitos humanos, tais como a liberdade e a igualdade.<sup>218</sup> Porém, é com a Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>219</sup>, de 1948, que a dignidade humana tornou-se efetivamente consagrada, princípio do qual decorrem os demais valores essenciais à sociedade.<sup>220</sup>

O princípio da dignidade humana ganha especial destaque diante da afirmação formulada por Kant no sentido de que os seres humanos, tidos como racionais, podem agir de

<sup>215</sup> Cabe ressaltar, nesse ponto, que as constituições italiana, de 1948, e espanhola, de 1978, promoveram significativo avanço em relação ao princípio da igualdade, tendo em vista a previsão de que a todos os cidadãos deve ser garantida a igualdade perante a lei, bem como igualdade de condições materiais, mediante a remoção de obstáculos de ordem social e econômica que limitem a igualdade substancial. O artigo 3º da constituição italiana estabelece que: “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e econômica que, limitando de facto a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País”. De forma semelhante, o artigo 9º da constituição espanhola prevê que “cabe aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integram sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem a sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social”.

<sup>216</sup> Kelsen, Hans. **O problema da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 51-54.

<sup>217</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 73.

<sup>218</sup> MEDINA, Leila Regina Diogo Gonçalves. A dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica brasileira. In: **Direitos Fundamentais Revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 292.

<sup>219</sup> Conforme inicia o texto da referida declaração, “considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo”.

<sup>220</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 49.

determinada forma visando alcançar uma finalidade. Segundo o autor, o indivíduo existe como um fim em si mesmo, e não como um meio para o uso arbitrário de uma vontade.<sup>221</sup> Ao longo da história, a dignidade humana foi frequentemente definida como uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano, ou seja, o valor próprio que identifica o ser humano como tal.<sup>222</sup>

Diante do desenvolvimento do pensamento e da racionalidade humana, a concepção do homem passa a ser inerente ao seu princípio fundamental: a dignidade humana. Esta é fruto da própria essência do ser humano, um ser considerado como um fim em si mesmo e que possui capacidade de viver em condições de autonomia.<sup>223</sup> A ausência de dignidade significaria a identificação do ser humano como um mero objeto, pois viola uma característica própria da natureza humana.

A dignidade humana origina-se do termo *dignitas*, que significa consideração, estima, respeitabilidade ou nobreza.<sup>224</sup> Considerado, ao longo da história, como um princípio fundamental à concepção da humanidade, a dignidade é conceituada como um atributo intrínseco, isto é, inerente à pessoa humana, confundindo-se com a própria natureza do ser humano.<sup>225</sup> Larenz ressalta que a dignidade consiste na prerrogativa de todo ser humano ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência e de guir de seu próprio âmbito existencial.<sup>226</sup> Além da concepção jurídica, a dignidade humana caracteriza o indivíduo como tal, caracterizando-se um conceito *a priori*, isto é, um dado preexistente a toda experiência especulativa.<sup>227</sup>

A dignidade humana serve como fundamento para os demais princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, servindo como suporte axiológico para todo o ordenamento jurídico.<sup>228</sup> Tendo em vista a sua importância, a dignidade humana foi, inclusive, consagrada pela Constituição Federal como fundamento do

<sup>221</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 70. ed. Lisboa: 1986, p. 67-68.

<sup>222</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 202-203.

<sup>223</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21.

<sup>224</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2006, p. 105.

<sup>225</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.

<sup>226</sup> LARENZ, Karel. **Derecho civil**: parte general. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 46.

<sup>227</sup> SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, abr./jun. 1998, p. 91.

<sup>228</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 193.



Estado Democrático de Direito.<sup>229</sup> A partir da previsão normativa, vislumbra-se, além da necessidade de o indivíduo impedir a sua degradação, a necessidade de o Estado buscar propiciar ao indivíduo a garantia de sua existência material mínima.<sup>230</sup>

Definir o conteúdo normativo da dignidade humana gera diversas controvérsias na doutrina e na jurisprudência, tendo em vista a complexidade histórica, cultural e axiológica, além da própria indeterminação desse conceito jurídico.<sup>231</sup> Pode-se afirmar, de plano, que a dignidade humana consiste no princípio matriz da Constituição Federal, atribuindo sua unidade de sentido e condicionando a interpretação das normas previstas em seu texto. Assim como os direitos e garantias fundamentais, esse princípio incorpora exigências jurídicas e valores éticos ao ordenamento jurídico brasileiro.<sup>232</sup>

Por previsão expressa no texto constitucional, não há dúvidas de que, no Brasil, a dignidade humana possui o status de norma jurídica fundamental do Estado, de modo que possui normatividade e aplicação a todo o sistema de regras e princípios constitucionais. Nesse sentido, é o Estado que funciona como o meio de concretização dos pressupostos da dignidade humana, como um fim de conferir efetividade à previsão constitucional.<sup>233</sup>

A dignidade humana possui relação intrínseca com a garantia de direitos fundamentais mínimos na esfera constitucional, denominado por parcela da doutrina como o mínimo existencial, vez que não se pode assegurar uma vida digna a um indivíduo se não forem atendidas determinadas garantias. O mínimo existencial é composto, especialmente, pela educação, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça.<sup>234</sup> Se essas condições matérias básicas não forem atendidas, estar-se-á frustrando a tutela da dignidade humana, por

---

<sup>229</sup> De acordo com o texto constitucional, “art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”.

<sup>230</sup> BENDA, Ernesto. Dignidade humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, H.; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de Derecho Constitucional**. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 124-127.

<sup>231</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante do Direito Administrativo. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 22, n. 18, 2015, p. 90.

<sup>232</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54.

<sup>233</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante do Direito Administrativo. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 22, n. 18, 2015, p. 92-93.

<sup>234</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 288.

impedir o gozo de bens materiais e imateriais que permitem o desenvolvimento autônomo e digno do cidadão.<sup>235</sup>

Conforme o exposto, deste princípio resultam duas consequências: a) assegura que uma pessoa não poderá ser reduzida à condição de mero objeto para uma finalidade a ser alcançada por terceiros. Há destaque para a esfera negativa dos direitos fundamentais, vez que consiste em uma esfera de proteção contra atos que ocasionem lesão ou ameaça às garantias do indivíduo; b) impõe deveres ao Poder Público a fim de resguardar a dignidade da sociedade, inclusive mediante medidas prestacionais positivas.<sup>236</sup>

Ademais, é possível visualizar que, a partir do respeito à dignidade humana, decorrem quatro consequências: a) a igualdade de direitos entre todos os homens, passando a integrar a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) a garantia da independência e autonomia do indivíduo, tendo especial atenção aos meios de coação externa em sua personalidade ou à atuação que implique a sua degradação; c) a proteção dos direitos inalienáveis do homem; d) a impossibilidade da negativa dos meios essenciais para o desenvolvimento como pessoa ou da imposição de condições degradantes de vida.<sup>237</sup>

Barroso ressalta, ainda, três observações sobre o princípio da dignidade humana: a) o princípio é parte do conteúdo dos direitos fundamentais, mas com estes não se confunde. Não é tampouco um direito fundamental em si, ponderável com os demais, mas consiste em parâmetro de ponderação em caso de concorrência entre direitos fundamentais; b) apesar de ser um valor ou princípio fundamental, a dignidade humana não tem caráter absoluto; c) aplica-se tanto às relações entre indivíduo e Estado, quanto nas relações privadas.<sup>238</sup>

A constitucionalização do princípio da dignidade humana modificou, sobretudo, a sua construção jurídica, ao tornar-se o elemento fundante de todo o ordenamento jurídico. Pode-se afirmar quem atualmente, a dignidade humana é considerada como um superprincípio

---

<sup>235</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009, p. 393.

<sup>236</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: \_\_\_\_\_ (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 30-32.

<sup>237</sup> FLÓREZ-VALDES, Joaquín Arce. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**. Madri: Editorial Civitas, 1990, p. 149.

<sup>238</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdo mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.

constitucional, no qual todas as demais escolhas políticas realizadas no mundo jurídico são fundamentadas.<sup>239</sup>

Diante dessas considerações, é possível compreender que a dignidade humana não se coaduna como um conceito vazio ou abstrato, mas sim como um conceito valorativo, o qual determina um valor constitucional como o centro do ordenamento jurídico. Esse conceito define, ao mesmo tempo, uma norma constitucional e um direito fundamental, o que remete a uma visão na qual o ser humano deve ser considerado a base na interpretação das demais normas.<sup>240</sup>

Portanto, buscou-se demonstrar neste tópico os princípios que permitem uma nova concepção acerca do direito fundamental à saúde. O princípio da subsidiariedade, como o principal, destaca a necessidade de o Estado apenas fornecer aquilo que o cidadão não pode obter com seus próprios meios, o que seria aplicável à concretização do direito à saúde. Os demais princípios, como a igualdade, a solidariedade social e a dignidade humana foram aqui ressaltados por sua relação intrínseca com a subsidiariedade e sua relevância para conferir maior efetividade a esse direito.

A partir da contextualização sobre o contexto e os principais princípios delineadores do Direito Fundamental à Saúde, bem como o papel ocupado no constitucionalismo atual, construiu-se a base para uma nova interpretação e aplicação desse direito no Brasil. Isso porque, apesar de ser um direito fundamental de caráter universal, a gratuidade pode ser mitigada e reinterpretada em conformidade com o princípio da subsidiariedade, bem como dos demais princípios dele decorrentes. Assim, serão traçados os fundamentos básicos para avaliar o atual modelo de concretização da saúde pública.

---

<sup>239</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 2, n. 2, 2001, p. 55.

<sup>240</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 19-20.

### 3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

#### 3.1 A CRISE NO SISTEMA DE SAÚDE NO BRASIL E SUAS IMPLICAÇÕES

Conforme o exposto, o princípio da subsidiariedade revela-se como um importante fundamento para compreender o conteúdo e abrangência do artigo 196 da Constituição Federal. Serão demonstrados a seguir algumas informações e dados colhidos a partir de pesquisas realizadas no intuito de contextualizar a crise que aflige o sistema de saúde, além de propostas para solucionar as suas carências. Isso se torna necessário tendo em vista que, embora as normas acerca do tema sejam válidas e eficazes<sup>241</sup> no ordenamento jurídico brasileiro, há mecanismos insuficientes para a sua real aplicação, ou seja, para conferir a efetividade ao direito fundamental à saúde.

A efetividade dos preceitos previstos na Constituição brasileira refere-se, nesse sentido, à concretização dos direitos e garantias assegurados e a plena utilização dos interesses e bens jurídicos tutelados, por meio de mecanismos que realizem, na prática, as normas constitucionais.<sup>242</sup> Sendo distinta da eficácia jurídica, entendida como o cumprimento do Direito por parte de uma sociedade e a produção de efeitos jurídicos,<sup>243</sup> a efetividade é considerada como a eficácia social da norma, isto é, “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”.<sup>244</sup>

---

<sup>241</sup> Acerca dos requisitos de uma norma jurídica, cabe ressaltar que terá existência quando preencher os elementos constitutivos definidos em lei como causa suficiente para a sua incidência. Terá validade quando a norma preencher os atributos ou requisitos conferidos pela lei para que alcance a perfeição. A eficácia da norma consiste na aptidão para a produção de efeitos e irradiação de consequências no mundo jurídico (BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 64-65). Ressalta-se ainda que a aplicabilidade e a eficácia das normas jurídicas são duas facetas de uma mesma moeda, visto que uma norma somente será eficaz por ser aplicável, de modo que a eficácia engloba a aplicabilidade de uma norma (SCHÄEFER, Jairo. **Direitos Fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 57).

<sup>242</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 95.

<sup>243</sup> BARRSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 82.

<sup>244</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 11-12.

A efetividade do direito parte da premissa de que as normas jurídicas, em especial as normas previstas em âmbito constitucional, devem, sobretudo, ser realizadas no contexto fático, não sendo meros preceitos ideológicos ou programáticos. Contudo, em relação ao direito fundamental à saúde, a efetividade das normas previstas, muitas vezes, não é verificada na prática, tendo em vista a falta de recursos e de instrumentos adequados para a sua concretização a quem efetivamente necessita, a exemplo de medicamentos, procedimentos ou tratamentos médicos.

Ao tratar da questão da efetividade do direito fundamental à saúde no Brasil, torna-se necessário estabelecer um panorama, de caráter estatístico, sobre o atual nível de concretização desse direito à população, a fim de compreender as insuficiências e a atual crise do sistema de saúde no país.

Sendo a saúde considerada como um direito fundamental e um dever do Estado em promover suas ações e serviços de modo universal, como se asseverou, o artigo 198<sup>245</sup> da Constituição Federal determina a criação de um Sistema Único de Saúde - SUS, a fim de executar, fiscalizar e organizar as ações envolvendo a saúde pública. O modelo instituído destacou a dimensão objetiva do direito à saúde, bem como sua função protetiva na sociedade, caracterizando-se como uma garantia institucional fundamental.<sup>246</sup>

No âmbito infraconstitucional, como se inferiu, a Lei nº 8.080/90, em seu artigo 43<sup>247</sup>, garantiu a gratuidade dos serviços de saúde, buscando isentar a população brasileira de quaisquer formas de pagamento para usufruir de tais serviços, ainda que, na prática, a gratuidade ampla e irrestrita constitua uma barreira para a efetivação desse direito em níveis adequados a todos os indivíduos.<sup>248</sup> Denota-se que a previsão acerca da gratuidade do direito

<sup>245</sup> Nesse sentido, o artigo 198 da Constituição Federal prevê que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.”

<sup>246</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 67, jul./set. 2008, p. 137-139.

<sup>247</sup> O artigo 43 da Lei nº 8.080/90 estabelece que “a gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.”

<sup>248</sup> MERCANTE, Otávio Azevedo (coord.). Evolução das Políticas e do Sistema de Saúde no Brasil. In: FINKELMAN, Jacobo. **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002, p. 248-250. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/sd/pdf/finkelman-9788575412848.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

fundamental à saúde não encontra previsão expressa no texto constitucional, de modo que houve um alargamento do sentido conferido à norma pelo texto legal.

Entretanto, apesar da previsão expressa acerca de um sistema universal, igualitário, gratuito e que busca conferir a adequada concretização da saúde a toda a população brasileira, no contexto atual, visualiza-se em situações cotidianas, o modo como a saúde pública é ainda ineficaz e carece de efetividade a quem necessita de tais serviços. A carência de atendimentos médicos em hospitais públicos, de medicamentos e instrumentos hospitalares capazes de promover serviços de saúde pública com qualidade demonstram a necessidade de uma alteração no sistema proposto, a fim de atender efetivamente aos preceitos constitucionais.

Visando à contextualização da atual crise na prestação de serviços de saúde, estimativas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstraram que, em 2013, os gastos públicos nesse setor corresponderam a apenas 3,6% do Produto Interno Bruto (PIB), percentual que, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), é considerado muito baixo para um país com um sistema de cobertura universal.<sup>249</sup> Enquanto isso, países europeus com sistemas universais investiram, em média, 8,3% do PIB em ações para a promoção de saúde.<sup>250</sup>

Ainda acerca dos investimentos realizados pelo Estado brasileiro na saúde, destaca-se o baixo crescimento da porcentagem de investimento nessa área desde a promulgação da Constituição Federal. Em 1989, já se apontava o problema de que, apesar de ser um setor de sua responsabilidade, não havia destaque para a saúde no conjunto de intervenções e atividades governamentais. Na época, o Brasil investia cerca de 4% de seu PIB, contra uma média de 13% verificada nos demais países da América Latina.<sup>251</sup>

Demonstrando a situação alarmante em que se encontram os serviços de saúde, levantamento do Conselho Federal de Medicina (CFM) avaliou que, em 2013, o valor investido pelos governos federal, estaduais e municipais totalizaram apenas a quantia de R\$3,05 ao dia para cada brasileiro, ou seja, um gasto anual de R\$1.098,75 *per capita*. Levando-se em

---

<sup>249</sup> OMS. Organização Mundial da Saúde. **Sistema de Saúde no Brasil:** organização e financiamento. Rio de Janeiro: 2016, p. 112-113. Disponível em: <[http://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5213:opas-oms-disponibiliza-publicacao-sobre-organizacao-e-financiamento-do-sistema-de-saude-brasileiro-2&Itemid=843](http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5213:opas-oms-disponibiliza-publicacao-sobre-organizacao-e-financiamento-do-sistema-de-saude-brasileiro-2&Itemid=843)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>250</sup> MENDES, Áquilas. A longa batalha pelo financiamento do SUS. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 22, n. 4, 2013, p. 987.

<sup>251</sup> AUGUSTO, Maria Helena Oliva. Políticas públicas, políticas sociais e políticas de saúde: algumas questões para reflexão e debate. **Tempo social Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, v. 1, n. 2, 1989, p. 116.

consideração o total de duzentos milhões de brasileiros usuários do SUS, tal investimento encontra-se muito aquém dos padrões necessários para a garantia da saúde da população. Em comparação, outros países que possuem sistemas universais de saúde, investiram valores muito superiores, a exemplo do Reino Unido (com média de US\$3.598 anuais para cada habitante), Alemanha (com média de US\$5.006) e Espanha (US\$2.581).<sup>252</sup>

Ademais, insta ressaltar que, em 2014, apenas 6,8% do orçamento público brasileiro foi destinado especificamente à promoção da saúde, somando-se as despesas efetuadas pela União, estados e municípios. O percentual brasileiro investido é o terceiro pior entre os trinta e cinco países que compõem o continente americano, estando muito abaixo da média mundial, de 11,7%.<sup>253</sup>

Recentemente, pesquisas realizadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), publicadas no início de 2018, demonstram que, no ano de 2015, o governo brasileiro destinou à saúde pública o percentual de 7,7% de seu orçamento. Segundo a pesquisa, apenas cinco países no continente americano têm um percentual de gastos governamentais inferiores aos do Brasil, como Haiti e Venezuela. Países como Alemanha, Estados Unidos e Uruguai gastam um percentual cerca de três vezes superior ao do Brasil. Em média, apontou-se que, no mundo, os investimentos atingem 9,9% de seus orçamentos em saúde pública.<sup>254</sup>

Do mesmo modo, o estudo Demografia Médica, realizado pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), concluiu que é cerca de três vezes mais fácil encontrar um médico no setor privado que no sistema público de saúde brasileiro. Isso se justifica, segundo os dados apresentados, pelo fato de que 21,6% dos médicos trabalham apenas no setor público, enquanto 26,9% estão exclusivamente no setor privado, havendo ainda 51,5% de médicos que atuam em ambas as esferas. Apesar dos percentuais aparentemente semelhantes, em junho de 2015, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) constatou que havia

---

<sup>252</sup> CFM. Conselho Federal de Medicina. **Governo gasta R\$3,89 ao dia na saúde de cada brasileiro.** Levantamento do CFM avalia gasto per capita em saúde pública; indicadores mostram que valores aplicados pelos municípios sofreram queda de mais de R\$ 10 bilhões. 2016. Disponível em: <[https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25985:2016-02-18-12-31-38&catid=3](https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25985:2016-02-18-12-31-38&catid=3)>. Acesso em: 15 jan. 2018.

<sup>253</sup> CFM. Conselho Federal de Medicina. **Gasto público em saúde no Brasil é o 3º pior das Américas.** 2017. Disponível em: <[https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=27051:2017-07-17-15-55-15&catid=3](https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27051:2017-07-17-15-55-15&catid=3)>. Acesso em: 15 jan. 2018.

<sup>254</sup> Ressalta-se que a pesquisa realizada pela OMS utilizou como base para os cálculos o orçamento de 2015, o último ano em que foi possível realizar uma comparação global (CHADE, Jamil. **Porcentual de orçamento para a saúde no Brasil é próximo ao do africano:** gastos do governo na área estão abaixo da média mundial e famílias brasileiras, entre as que mais precisam pagar por atendimento. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,porcentual-de-orcamento-para-a-saude-no-brasil-e-proximo-ao-do-africano,70002312554>> Acesso em: 27. set. 2018).

50.516.992 habitantes que utilizavam planos de saúde, enquanto os demais 150.515.722 habitantes recorrem exclusivamente ao SUS. Isso demonstra a desigualdade de médicos e tratamentos de saúde adequados para os usuários do SUS.<sup>255</sup>

Em relação ao perfil dos usuários do SUS, conforme dados obtidos pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD), entre 1998 e 2008, a procura pelos serviços de saúde pública foi predominante entre as pessoas até o sétimo decil<sup>256</sup>. Entre o decil mais pobre, o SUS cobre 88% dos atendimentos e, entre o sétimo decil, a cobertura dos atendimentos foi de 56%. Ademais, observou-se um aumento da proporção do financiamento dos serviços de saúde pelo SUS entre o decil mais rico, que passou de 13% para 17%, atualmente.<sup>257</sup>

Da análise de estatísticas concretas, visualiza-se uma verdadeira crise no sistema de acesso da população brasileira aos serviços públicos de saúde, uma vez que é comum aos indivíduos que realmente necessitam da tutela estatal só conseguirem alcançá-la mediante a prestação jurisdicional, em face da ausência de recursos para a promoção de tratamentos médicos de qualidade. Ressalta-se, ainda, a problemática amplamente discutida acerca da judicialização da saúde, de modo que, diante da inércia do Poder Público em promover serviços de saúde eficazes, o indivíduo vê-se obrigado a recorrer ao Poder Judiciário.

Feitas estas observações de natureza estatística, acerca da crise que se abateu sobre o sistema de saúde brasileiro, a seguir, serão citados alguns modelos adotados por outros países, com o objetivo de serem analisadas alternativas para conferir maior efetividade ao direito fundamental à saúde e, assim, repensar o sistema adotado pelo Brasil.

Um dos sistemas latino-americanos que mais obteve êxito em questão de promoção de saúde pública é aquele previsto no Chile. Na constituição chilena, a saúde é inserida como direito fundamental, sendo preferencialmente do Estado o dever de garantir a execução de ações

---

<sup>255</sup> FMUSP. Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. **Demografia Médica no Brasil**. 2015. Disponível em: <<https://www.usp.br/agen/wp-content/uploads/DemografiaMedica30nov2015.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2018.

<sup>256</sup> A fim de compreender adequadamente os resultados dessa pesquisa, cabe ressaltar que o termo “decil” é utilizado como uma medida para a análise de dados estatísticos. Na análise das informações coletadas, os dados são divididos em décimas partes, isto é, partes correspondentes a 10%. Conforme os dados coletados na pesquisa do PNAD, o primeiro decil corresponde ao corte para os 10% da população com a menor renda entre o total dos entrevistados. O sétimo decil corresponde a 70% dos dados obtidos, ou seja, os 70% da população com a menor renda.

<sup>257</sup> MOREIRA, Rodrigo da Silva; PORTO, Silvia Marta; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. **Uma análise da utilização de serviços de saúde por sistema de financiamento: Brasil 1998-2008**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_pdf&pid=S1413-81232011001000015&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S1413-81232011001000015&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 15 jan. 2018.



de saúde à coletividade. Conforme o artigo 19, 9º, da Constituição deste país,<sup>258</sup> o cidadão chileno deve escolher o sistema ao qual deseja unir-se: 1) estatal, denominado como Fondo Nacional de Salud (FONASA); 2) privado, constituído através das Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE). O dever de promover e executar políticas públicas de saúde é preferencialmente do Estado, mas, se o indivíduo deseja ser acolhido pelo sistema privado, não será mais um dever estatal prestar assistência de saúde, sendo o referido modelo caracterizado, segundo classificação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>259</sup>, como um sistema substitutivo de saúde.<sup>260</sup>

Quanto às formas de financiamento, a Lei nº 18.469/85 vigente no país, estabelece que todos os trabalhadores, tanto aqueles optantes pelo sistema estatal quanto privado, devem contribuir mensalmente com uma taxa de aproximadamente 7% do seu salário mensal, bem como contribuições específicas conforme cada procedimento realizado.<sup>261</sup> As contribuições adicionais referentes aos procedimentos, no sistema privado, varia conforme as disposições do plano contratado, mas, no caso do sistema estatal, variam conforme a renda mensal obtida.

<sup>258</sup> Conforme prevê o artigo 19, 9º da Constituição do Chile, “Artigo 19. A Constituição assegura a todas as pessoas: (...) 9º O direito à proteção da saúde. O Estado protege o livre e igualitário acesso às ações de promoção, proteção e recuperação da saúde e de reabilitação do indivíduo. Corresponder-lhe-á, assim, a coordenação e controle das ações relacionadas à saúde. É dever preferencial do Estado garantir a execução das ações de saúde, seja que se prestem por meio de instituições públicas ou privadas, na forma e condições que determine a lei, a qual poderá estabelecer cotizações obrigatórias. Cada pessoa terá o direito a eleger o sistema de saúde que deseja receber, seja este estatal ou privado” (CHILE. **Constitución Política de la República de Chile**. Disponível em: <[https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion\\_politica.pdf](https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf)>. Acesso em: 1 jul. 2018, tradução nossa).

<sup>259</sup> A Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (OCDE) realiza divisões nos sistemas de saúde adotados pelo mundo de acordo com determinados critérios. Cabe, nesse ponto, ressaltar a diferenciação entre quatro espécies de sistemas de saúde: 1) Suplementar, no qual o seguro privado promove a cobertura de serviços que já estão incluídos pelo sistema público universal, sendo também denominado de sistema de cobertura duplicada. Isso não impede que, em alguns casos, o plano de saúde privado ofereça alguns elementos adicionais ou com qualidade superior. É adotado por países como Reino Unido, Portugal, Espanha, Itália e Brasil; 2) Substitutivo, no qual o indivíduo deve optar se utilizará o sistema público ou o seguro privado, que atua como substitutivo, sendo adotado por países como Chile, Alemanha, Holanda e Bélgica; 3) Complementar, quando as pessoas adquirem o seguro privado para complementar o acesso a serviços não abarcados pelo modelo público ou apenas parcialmente abarcados. É o sistema adotado, por exemplo, na França; 4) Primário, quando o seguro privado atua como sistema principal, ou seja, é o elemento preponderante do acesso à saúde, como ocorre nos Estados Unidos (OCDE. **Proposal for a taxonomy of health insurance**. 2004. Disponível em: <<https://www.oecd.org/els/health-systems/31916207.pdf>> Acesso em: 1. jul. 2018).

<sup>260</sup> BUSSINGUIER, Elda Coelho de Azevedo; SOUZA, Sâmela Cristina de. Uma análise comparada entre os sistemas de saúde brasileiro e chileno a luz do princípio bioético da solidariedade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 99, jan./fev. 2017, p. 6-7.

<sup>261</sup> De acordo com o artigo 7º da Lei nº 18.469/85, “os filiados deverão efetuar ao Fundo Nacional de Saúde as cotizações destinadas a financiar as prestações de saúde que se estabelecem nos decretos-lei nºs 3.500 e 3.501, de 1980, ou nas respectivas leis orgânicas das entidades provisionais a que pertencem”.

Desse modo, aqueles reconhecidamente hipossuficientes podem ser isentos de pagar as contribuições adicionais, sendo atendidos de forma gratuita.<sup>262</sup>

Nesse modelo, em que pese a necessidade de optar-se pela saúde fornecida de forma pública ou privada, a Constituição consagra o dever de que o Estado assegure a todos os cidadãos o acesso livre e igualitário a todos os programas de saúde. As taxas, denominadas como “cotizaciones”, devem ser pagas como forma de contribuir para a prestação dos serviços, o que pode variar de acordo com a situação econômica ou financeira dos filiados em cada sistema.

Considerado como o melhor sistema de saúde do mundo pela Organização Mundial da Saúde (OMS)<sup>263</sup>, tendo em vista a qualidade dos serviços oferecidos, passa-se à análise do modelo adotado pela França. Com patamar superior em relação a muitos países, o país investiu 11,5% do PIB no sistema de saúde em 2016, conforme dados da OCDE.<sup>264</sup>

A França possui um sistema universal de saúde, financiado majoritariamente pelo Estado através de um seguro nacional de saúde, denominado “Sécurité Sociale” destinado a amparar os cidadãos nos seguintes pilares: doença, acidente, família e velhice. Embora todos os indivíduos tenham acesso a hospitais, tratamentos médicos e medicamentos, isso não significa que esses serviços sejam gratuitos. Mensalmente, uma parcela do salário dos trabalhadores franceses é descontada de sua folha de pagamento, com o objetivo de financiar a efetivação da saúde pública, bem como todos os trabalhadores são obrigados a filiar-se ao Sécurité Sociale.<sup>265</sup>

O seguro público é obrigatório, financiado por empregados e entidades patronais mediante o pagamento de contribuições e impostos e abrange a grande maioria da população.

<sup>262</sup> MANUEL, Annick; MONTEKIO, Víctor Becerril. Sistema de salud de Chile. **Salud Pública de México**, v. 53, n. 2, 2011, p. 136-137.

<sup>263</sup> Segundo avaliação realizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2000, dentre os 191 países analisados, a França ocupou o primeiro lugar no indicador de qualidade dos sistemas de saúde. Dentre os sistemas mais eficientes, encontram-se também Itália, Espanha, Áustria e Japão. Nessa lista, o Brasil ocupou a 125º lugar (OMS. **World Health Organization Assesses the World's Health Systems. 2000**. Disponível em: <[http://www.who.int/whr/2000/media\\_centre/press\\_release/en/](http://www.who.int/whr/2000/media_centre/press_release/en/)> Acesso em: 2 jul. 2018). Já em 2017, conforme informações levantadas pela Euro Health Consumer Index, organização destinada a avaliar os sistemas de saúde europeus, a França ocupa o 10º lugar (EHCI. **Euro Health Consumer Index 2017 Report. 2018**. Disponível em: <<https://healthpowerhouse.com/media/EHCI-2017/EHCI-2017-report.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2018).

<sup>264</sup> OCDE. **Health Expenditure and Financing**. Disponível em: <<https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=SHA>> Acesso em: 2 jul. 2018.

<sup>265</sup> BRIGHAM, Karen Berg; CHEVREUL, Karine; QUEVEDO, Cristina Hernández; ZALESKI, Isabelle Durand. France: health system review. **Health Systems in Transition**, Copenhagen, v. 17, n. 3, 2015. Disponível em: <[http://eprints.lse.ac.uk/65775/1/Hernandez\\_France%20health%20system%20review\\_Author\\_2016.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/65775/1/Hernandez_France%20health%20system%20review_Author_2016.pdf)> Acesso em: 2 jul. 2018, p. 22-23.

Já o seguro privado é de tipo complementar e voluntário. Por não ser totalmente financiado por recursos estatais, estima-se que, em 2010, 77% dos gastos com saúde foram arcados por recursos públicos, 7% referem-se a gastos particulares e 14% correspondentes aos seguros privados.<sup>266</sup>

No sistema francês, utiliza-se um elemento de solidariedade, segundo o qual a cobertura é estabelecida conforme as condições do residente. As taxas de cobertura pagas pelos indivíduos variam conforme os bens e serviços, podendo ser em parte reembolsadas pelo governo. Entretanto, existem condições em que os pacientes são isentos das referidas taxas, como no caso de doenças crônicas, gravidez e classes econômicas mais baixas.<sup>267</sup> Há ainda a possibilidade de contratação de um plano de saúde privado, a fim de cobrir as despesas particulares não contempladas pelo Estado, tendo uma função complementar.

Outro sistema de saúde que obteve grande destaque em relação a sua efetividade é aquele adotado pelo Reino Unido. Segundo pesquisa realizada pela instituição americana *Commonwealth Fund*<sup>268</sup>, em 2017, comparado aos demais países analisados, o Reino Unido obteve a primeira colocação em relação ao desempenho na promoção de saúde pública.<sup>269</sup>

O *National Health Service* (NHS), criado em 1948, garante o acesso universal a toda a população, baseado nos princípios de equidade e integralidade, através de uma estrutura pública e descentralizada aos quatro países componentes (Inglaterra, Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte).<sup>270</sup> Conforme o *NHS Constitution*, instrumento legal que regulamenta os parâmetros, princípios e direitos do sistema de saúde adotado pelo país, a cobertura para tratamentos médicos será gratuita, salvo exceções previstas pelo parlamento.<sup>271</sup>

<sup>266</sup> BIDGOOD, Alliot; CLARKE, Emily. **Healthcare Systems: France**. Based on the 2001 Civitas Report by David Green and Benedict Irvine. Disponível em: <<http://www.civitas.org.uk/content/files/france.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

<sup>267</sup> HEALTHY'N PORTUGAL. **Atlas de Oportunidades. Ficha de país: França**. 2013. Disponível em: <[http://www.healthyn.pt/Images/Documentos/Benchmarking\\_França.pdf](http://www.healthyn.pt/Images/Documentos/Benchmarking_França.pdf)>. Acesso em: 2 jul. 2018, p. 7-8.

<sup>268</sup> O *Commonwealth Fund* é uma fundação americana privada com o propósito de desenvolver pesquisas avançadas em cuidados e sistema de saúde que alcançam maior sucesso, promovendo qualidade e eficiência, especialmente à parcela da sociedade mais vulnerável, como pessoas com poucos recursos financeiros, crianças, idosos e as minorias dos Estados Unidos. Para maiores informações, ver <<https://www.commonwealthfund.org/about-us>> Acesso em: 3 jul. 2018.

<sup>269</sup> COMMONWEALTH FUND. **Mirror, Mirror 2017: international comparison reflects flaws and opportunities for better U.S. health care**. nidos. 2017. Disponível em: <<https://interactives.commonwealthfund.org/2017/july/mirror-mirror/>> Acesso em: 3 jul. 2018.

<sup>270</sup> OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TANAKA, Oswaldo Yoshimi. **Reforma(s) e Estruturação do Sistema de Saúde Britânico: lições para o SUS**. Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 16, n. 1, jan./abr. 2007, p. 9. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v16n1/02.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

<sup>271</sup> INGLATERRA. **The NHS Constitution for England**. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/the-nhs-constitution-for-england/the-nhs-constitution-for-england>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

Constata-se, na organização e financiamento do NHS, uma forte presença do Estado como regulador, prestador e financiador dos serviços de saúde. Os recursos são majoritariamente públicos, existindo pouco o copagamento pelos serviços cobertos por esse sistema, como no caso de determinados medicamentos prescritos por médicos e serviços odontológicos<sup>272</sup>. Há ainda a possibilidade de contratação de planos de saúde privados, opção adotada por cerca de 12% da população britânica.<sup>273</sup>

Entretanto, haja vista os altos gastos decorrentes da promoção de um sistema de saúde universal e gratuito, que sofreu ainda maiores impactos com a crise financeira de 2008, tornou-se necessário promover cortes e redução de gastos no sistema de saúde britânico. Nesse contexto, a dimensão de universalidade, tanto em relação à cobertura populacional quanto à abrangência dos serviços oferecidos gratuitamente, passaram a ser repensadas no país, especialmente com a edição do *Health and Social Care Act*<sup>274</sup> em 2012, o qual estabeleceu uma política de cortes no NHS e acentuou a tendência de privatização dos serviços.<sup>275</sup>

Embora seja um dos países mais desenvolvidos economicamente no mundo, em relação à promoção de saúde pública, o sistema de saúde existente nos Estados Unidos sofreu diversas críticas ao longo dos anos. Isso porque, neste país, não há um modelo uniforme e de cobertura universal da saúde pública a todos os cidadãos. O sistema é baseado especialmente no seguro privado, havendo apenas o custeio estatal de dois tipos de fundos: 1) *Medicare*, que consiste em um programa assumido pelo governo federal, apresentando regulamentação nacional e uniforme. O programa destina-se aos indivíduos aposentados, ou seja, com idade igual ou superior a 65 anos e seus dependentes; 2) *Medicaid*, um programa de responsabilidade estadual, o que implica na heterogeneidade da cobertura, visto que depende das diferentes capacidades de financiamento dos entes da federação norte-americana. Destina-se a tutelar

<sup>272</sup> OCED. **Health at a Glance: OCED indicators** 2003. Paris. 2003. Disponível em: <<http://www.oecd.org/site/worldforum/33703777.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

<sup>273</sup> HEALTHY'N PORTUGAL. **Atlas de Oportunidades. Ficha de país: Reino Unido**. 2013. Disponível em: <[http://www.healthyn.pt/Images/Documentos/Benchmarking\\_Reino\\_Unido.pdf](http://www.healthyn.pt/Images/Documentos/Benchmarking_Reino_Unido.pdf)>. Acesso em: 3 jul. 2018, p. 7

<sup>274</sup> INGLATERRA. **Health and Social Care Act**. 2012. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/7/contents/enacted>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

<sup>275</sup> GIOVANELLA, Lígia; STEGMÜLLER, Klaus. Crise financeira europeia e sistemas de saúde: universalidade ameaçada? Tendências das reformas de saúde na Alemanha, Reino Unido e Espanha. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 30, nov. 2014, p. 15. Disponível em: <<http://apsredes.org/wp-content/uploads/2015/10/TEXTOS-REFORMAS-EUROPEIAS.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

especificamente a população de baixa renda, mediante comprovação da hipossuficiência financeira.<sup>276</sup>

Fora do âmbito desses dois programas oferecidos pelo governo federal, à grande maioria da população resta a obrigação de arcar com os custos de um convênio particular. A fim de diminuir as consequências da ausência de um setor público destinado à população não assegurada pelos programas estatais, aumentou o número de financiamento privado baseado em planos de seguro de grupos, envolvendo, sobretudo, amplos setores de trabalhadores e empresas.<sup>277</sup>

Entretanto, em 2010, os Estados Unidos aprovaram uma reforma que busca atribuir características sociais ao modelo de saúde pública, anteriormente individualista. Como uma forma de melhorar a eficiência e atenção à promoção de saúde, o *Patient Protection and Affordable Care Act* criou um mercado organizado de venda de planos de saúde, designado *National Health Insurance Exchange*, que possui preços mais baixos e promove maior acesso aos cidadãos de baixa renda.<sup>278</sup> Tendo em vista a redução dos custos, os cidadãos norte-americanos passaram a ser obrigados a contratar algum plano de saúde, a partir de seus empregadores, de forma individual ou por meio de programas públicos, sob pena de pagamento de taxas.

De acordo com os dados específicos envolvendo a atual situação da saúde pública no Brasil, demonstra-se que, embora a Constituição Federal estabeleça a saúde como um direito fundamental, na realidade social da maioria dos brasileiros, esse direito não possui ampla efetividade. Nesse sentido, a partir da exposição de dados concretos que demonstram a existência de um problema envolvendo a efetividade do direito fundamental à saúde e da explicação acerca dos modelos de saúde pública adotados em outros países, serão abordadas alternativas para o sistema vigente no país, especialmente no tocante à sua universalidade e gratuidade.

<sup>276</sup> NORONHA, José Carvalho de; UGÁ, María Alicia Domínguez. O sistema de saúde dos Estados Unidos. In: BUSS, Paulo Marchiori; LABRA, María Eliana (orgs.). **Sistemas de saúde: continuidades e mudanças**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1995, p. 184-186.

<sup>277</sup> FAVERET FILHO, Paulo; OLIVEIRA, Pedro Jorge de. A Universalização Excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde. **Planejamento de Políticas Públicas**. Brasília, n. 3, jun. 1990, p. 143-147.

<sup>278</sup> COSTA, Júlio Pinto da. A Reforma Obama e o Sistema de Saúde dos EUA. **Arquivos de Medicina**. Porto Alegre, v. 27, n. 4, ago. 2013, p. 160-161.

### 3.2 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE À SAÚDE NO BRASIL: UM CAMINHO POSSÍVEL?

Os princípios expostos anteriormente, em especial o princípio da subsidiariedade, revelam-se como importante fundamento para compreender o conteúdo e abrangência do artigo 196 da Constituição Federal, a fim de se buscar alternativas que possam atenuar o problema da baixa efetividade do atual sistema de saúde à sociedade. Isso se torna necessário tendo em vista que, embora tal norma seja válida e eficaz<sup>279</sup> no ordenamento jurídico brasileiro, há mecanismos insuficientes para a sua real aplicação, ou seja, para conferir a efetividade ao direito fundamental à saúde.

A Constituição Federal brasileira, conforme ressalta Bandeira de Mello, não é um simples ideário composto por normas programáticas e propósitos, mas sim uma conjunto de dispositivos e preceitos obrigatórios ao Estado e aos cidadãos, que ocupa posição de superioridade em relação às demais normas jurídicas.<sup>280</sup> Cabe ressaltar, todavia, que a Constituição não é apenas um texto jurídico ou regulamento normativo, sendo uma expressão de seu desenvolvimento histórico, social e cultural.<sup>281</sup>

As normas constitucionais que definem, reconhecem e atribuem direitos sociais, como é o caso do direito à saúde, são frequentemente aquelas que apresentam maior defasagem em relação à sua efetiva concretização, motivo pelo qual, em sua maioria, são denominadas como normas de caráter programático.<sup>282</sup> A efetividade dessas normas depende da prescrição normativa que regulamenta a vida social, ou seja, e proteção e promoção de garantias sociais, políticas e jurídicas aptas a concretizar os direitos fundamentais.<sup>283</sup>

A questão a ser tratada, tanto no caso da efetivação do direito à saúde por meio de Políticas Públicas formuladas pelo Poder Executivo, quanto na hipótese de o indivíduo pleitear

<sup>279</sup> Acerca dos requisitos de uma norma jurídica, cabe ressaltar que terá existência quando preencher os elementos constitutivos definidos em lei como causa suficiente para a sua incidência. Terá validade quando a norma preencher os atributos ou requisitos conferidos pela lei para que alcance a perfeição. A eficácia da norma consiste na aptidão para a produção de efeitos e irradiação de consequências no mundo jurídico (BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 64-65).

<sup>280</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 10-11.

<sup>281</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 29.

<sup>282</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 63.

<sup>283</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 192-193.

medicamentos mediante tutela do Poder Judiciário, refere-se à real necessidade de, em determinado caso, o Estado fornecer o tratamento de forma gratuita. Há situações em que o próprio indivíduo possui condições econômicas ou financeiras para custear determinado serviço, de modo que contraria o princípio da subsidiariedade a busca pelo amparo estatal, quando não há real necessidade para tanto.

A partir da análise dos princípios que fundamentam o direito à saúde no Brasil, evidenciou-se que o modelo foi erigido a partir de uma pretensão de conferir gratuidade ampla aos seus destinatários. Conforme prevê o texto constitucional, o direito à saúde manifesta-se tanto como um direito individual, no sentido de que cada indivíduo pode determinar quais recursos médico-sanitários serão utilizados e a qual tipo de tratamento médico será submetido, quanto como um direito social, em que se privilegia a universalidade e a igualdade.<sup>284</sup>

Entretanto, a garantia de bens e serviços relativos à saúde com razoabilidade à população que deles necessita, além dos princípios da igualdade e da universalidade, deve atentar para a configuração econômico-social do Estado e de sua capacidade para implementar medidas de promoção, proteção e recuperação da saúde. A atual conjuntura econômica e as desigualdades sociais que se apresentam exigem que o Estado brasileiro repense a prestação de políticas públicas de saúde, adotando um novo paradigma, que torne possível a sua efetivação àqueles que necessitam de ajuda estatal para a sua fruição. Esse caminho exige um fundamento que, como se procurará demonstrar, está amparado nos princípios previstos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, o princípio da subsidiariedade.

A subsidiariedade, conforme a análise acima, pode referir-se tanto à necessidade de um ente estatal auxiliar outro, a exemplo do apoio de um Estado-membro a um município em situação de calamidade, como de um ente estatal amparar uma pessoa que não consegue prover uma demanda por incapacidade comprovada, a exemplo do direito à saúde. Nesse sentido, estando ao alcance da pessoa atingir bens necessários para garantir a sua dignidade, o Estado não deve intervir e, do contrário, não pode abster-se de realizar uma prestação positiva ao cidadão, se a omissão atenta contra a sua dignidade.<sup>285</sup>

Da mesma forma, afigura-se como um princípio balizador da atuação dos poderes públicos, visando delimitar o espaço em que lhes cabe agir, daquele em que devem abster-se,

---

<sup>284</sup> SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito Fundamental à Saúde**: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 78.

<sup>285</sup> DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 104-105.

sob risco de praticarem excesso. Ao indivíduo cabe a responsabilidade de custear seus tratamentos médicos, caso tenha condições econômicas ou financeiras para tanto, remanescendo ao Estado a obrigação de garantir a saúde pública de qualidade nos casos em que os destinatários desse direito não possuem como arcar com seus próprios recursos.

Portanto, destaca-se que à pessoa individualizada também recai a responsabilidade pela saúde. Nesse caso, a responsabilidade individual implica que, embora todos tenham acesso a ações e serviços de saúde, a gratuidade seja concedida apenas à pessoa que comprovadamente não detenha capacidade econômica ou financeira.

Aplicando-se esse princípio ao direito fundamental à saúde, conclui-se que cabe ao cidadão tudo o que possa realizar, deixando à instância superior, qual seja, ao Estado, aquilo que ultrapasse a sua capacidade ou que exija medidas mais uniformes e eficientes em benefício de toda a comunidade. Assim, torna-se possível a concretização da saúde pública de qualidade, ao permitir uma maior autonomia dos indivíduos e não onerar excessivamente o Estado, deixando de atribuir somente a este a responsabilidade de fornecer medicamentos e tratamentos médicos.

Esse entendimento harmoniza-se com o fato de que, segundo os artigos 196 e 197 da Constituição Federal, a saúde não é apenas um direito de todos, mas também um dever do Estado, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação e execução de forma direta ou através de terceiros. O artigo 198, §1º dispõe que o sistema único de saúde poderá ser financiado com recursos de várias origens, podendo ser incluído, no presente caso, a contribuição do particular para a execução de serviços de saúde a ele relacionados.<sup>286</sup> No mesmo sentido, o artigo 2º, §2º da Lei 8.080/90 ressaltou que “o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

Estabelecer um sistema de saúde em que seja verificada a hipossuficiência econômica ou financeira dos indivíduos também não contraria o princípio da solidariedade social. A caracterização da solidariedade social como objetivo fundamental da Constituição brasileira,

---

<sup>286</sup> “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

“Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

Artigo 198, §1º “§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.”



conforme o seu artigo 3º, I, resulta numa interpretação em conformidade com essa nova diretiva. Significa em primeiro, que o Estado, o indivíduo e a sociedade são responsáveis pela concretização de uma maior efetividade possível dos direitos fundamentais e, em segundo, que determinadas prestações positivas conferidas individualmente à pessoa, a exemplo do fornecimento de medicamentos a pacientes portadores de enfermidades, devem ser concedidas de acordo com características próprias do seu destinatário, como se verá adiante.

No que concerne ao primeiro aspecto, cabe observar que a configuração do direito à saúde segundo as diretrizes do princípio da solidariedade social fica evidenciado no §2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.080/90, ao definir que a obrigação do Estado não afasta o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. Isto conduz à percepção que a efetivação do direito à saúde depende de uma atuação conjugada, sobretudo, do Estado e da sociedade.

Por outro lado, em relação ao segundo aspecto, denota-se que à pessoa individualizada também recai a responsabilidade pela saúde. Nesse caso, a responsabilidade individual implica que, embora todos tenham acesso a ações e serviços de saúde, a gratuidade seja concedida apenas à pessoa que comprovadamente não detenha capacidade econômica ou financeira.

Tome-se, a título de exemplo, duas pessoas portadoras da mesma enfermidade que exija a utilização de medicamento, cujo valor mensal seja de R\$ 1.000,00. Enquanto a primeira possua renda mensal de um salário mínimo a segunda possui uma remuneração mensal de R\$ 20.000,00. Entende-se que enquanto a primeira pessoa necessita do amparo do Estado, a segunda pode financiar, por si própria, o tratamento de saúde.

Em que pese, em um primeiro momento, aparenta que essa distinção de tratamento possa resultar em ofensa ao princípio da igualdade, analisando-se sob a ótica da igualdade material, conferir tratamento desigual a pessoas que demandam idêntico amparo do Estado não viola o referido princípio. Isso porque o princípio da igualdade material proíbe o tratamento igual entre indivíduos ou situações desiguais, e, do mesmo modo, o tratamento desigual a indivíduos ou situações iguais.

A ideia da igualdade formal, veiculada pelo artigo 5º da Constituição Federal, apenas veda a utilização de diferenciações entre indivíduos em uma mesma situação, devendo receber o mesmo reconhecimento pela lei. Já à igualdade material cumpre o papel de proibir a utilização de critérios injustos e que contrariam a dignidade humana, buscando a redução de desigualdades no âmbito substancial, o que justifica, em princípio, a concessão de um tratamento jurídico

diferenciado entre pessoas economicamente hipossuficientes em relação àquelas que possuem meios aptos a garantir a sua saúde.

Neste sentido, entende-se que no exemplo trazido acima, a não concessão de gratuidade pelo fornecimento de medicamento à segunda pessoa, por ser portadora de capacidade financeira para arcar com o ônus da sua aquisição, não implica em ofensa ao princípio da igualdade, pois há evidente desigualdade na comparação com a primeira pessoa. Isso porque o sistema de saúde atualmente vigente resulta em ofensa ao princípio da igualdade, ao conferir o mesmo tratamento de forma gratuita a pessoas que, no âmbito material, apresentam situação econômica ou financeira distinta.

Não basta considerar a igualdade sob um viés meramente formal, de modo a conferir perante a lei um reconhecimento equânime a todas as pessoas, o que é realizado pelo atual sistema de saúde brasileiro. Não se pode considerar a igualdade apenas como uma simples aplicação ou interpretação de normas jurídicas de forma igualitária a todos indistintamente, mas analisar, sobretudo, as desigualdades existentes na sociedade, especialmente no que toca ao direito fundamental à saúde. De acordo com Cappelletti, “está bem claro hoje que tratar ‘como igual’ a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça”.<sup>287</sup>

Portanto, conceder um tratamento diferenciado no âmbito da saúde pública entre indivíduos hipossuficientes economicamente e aqueles que possuem condições para arcar com os custos de tratamentos médicos não contraria o princípio da igualdade, mas, ao contrário, o consolida em seu âmbito substancial na realidade brasileira. Entende-se que a não concessão de gratuidade pelo fornecimento de medicamento às pessoas portadoras de capacidade financeira para arcar com o ônus da sua aquisição não implica em ofensa ao princípio da igualdade, pois há evidente desigualdade material na comparação com os indivíduos hipossuficientes.

Ademais, a adoção desta sistemática para delimitar o direito de gratuidade às ações e serviços de saúde fornecidas pelo Estado não atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana. Ao contrário, é justamente com a sua implementação que será possível conferir dignidade a pessoas que não recebem tratamentos e medicamentos necessários em razão da falta de recursos públicos suficientes para atender às amplas demandas sociais a toda a população.

---

<sup>287</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideología, Sociedad**. Buenos Aires: Editora Jurídicas Europa-América, 1974, p. 67.

A Constituição Federal de 1988 conferiu demasiada importância à dignidade da pessoa humana a ponto de atribuir a esta densidade normativa, vez que determina critérios para a interpretação e integração das demais normas do sistema e é utilizada como fundamento normativo para as demais atividades estatais. Conforme analisado anteriormente, o princípio reflete uma qualidade intrínseca e distintiva que faz com que cada ser humano seja merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, de modo a garantir que não sofra qualquer ato de cunho degradante e desumano, bem como seja portador de condições existenciais mínimas para uma vida saudável.<sup>288</sup>

Por conseguinte, se, por um lado, aquele que passa a sofrer física ou psiquicamente diante da impossibilidade de financiar as despesas de determinado tratamento merece a atenção do Estado, sob pena de ser colocado numa situação de indignidade, por outro, o mesmo não ocorre com quem consegue arcar com o seu custo por conta própria, sem prejuízo do seu sustento ou de sua família. Logo, demonstra-se que a introdução de critérios de hipossuficiência econômica ou financeira não contraria o princípio da dignidade humana, mas sim permite a concessão de tratamentos médicos de forma digna, conforme a necessidade do indivíduo que os pleiteia.

Com base nos princípios expostos, demonstra-se, em primeiro, que o Estado, o indivíduo e a sociedade são responsáveis pela concretização de uma maior efetividade possível dos direitos fundamentais e, em segundo, que determinadas prestações positivas conferidas individualmente à pessoa, a exemplo de tratamentos médicos e fornecimento de medicamentos a pacientes portadores de enfermidades, devem ser concedidas de acordo com a capacidade econômica ou financeira dos seus destinatários.

Ademais, a teoria da reserva do possível se coaduna com esse entendimento, reforçando o argumento de que os custos inerentes à concretização dos direitos fundamentais, tais como o direito à saúde, constituem um limite que deve ser observado pelo Estado. Isso porque a reserva do possível determina que, para um direito ser exigido, devem ser observadas o contexto fático existente, visto que representa uma condição da realidade que gera efeitos na aplicação dos direitos fundamentais.<sup>289</sup>

---

<sup>288</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 73.

<sup>289</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 199- 200.

Com base no que se expôs, a discussão que permeia as ações judiciais, pautadas pela teoria da reserva do possível, segundo a qual “a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos”,<sup>290</sup> deveria ser precedida da análise da capacidade econômica ou financeira dos destinatários das demandas sociais prestadas pelos poderes públicos.

Para Barcellos, a expressão reserva do possível busca relacionar a limitação dos recursos econômicos disponíveis com as amplas necessidades a serem supridas à sociedade, de modo que, além das discussões jurídicas acerca da exigibilidade de determinados direitos em face do Estado, deve-se atentar para o seu limite de possibilidades materiais.<sup>291</sup> Tendo em vista esse princípio, a efetivação dos direitos fundamentais depende diretamente da disponibilidade de recursos por parte do Estado. Todos os direitos, tanto os direitos de caráter prestacional quanto os direitos de defesa, implicam em determinados custos para o Estado, de modo que nenhum direito será considerado absoluto.<sup>292</sup>

A eficácia dos direitos fundamentais sociais e prestações sociais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis a fim de efetivamente concretizá-los.<sup>293</sup> Conforme sintetiza Galdino, não existem direitos propriamente gratuitos, vez que, mesmo os direitos considerados pela doutrina tradicional geram custos positivos, o que impõe ao ente estatal o dever de organizar a efetivação de determinadas garantias observando-se o planejamento orçamentário.<sup>294</sup>

Nesse sentido, não sendo um direito absoluto, depende da demonstração inequívoca da existência de elementos comprobatórios da carência, hipossuficiência, legitimidade, adequação do tratamento, disponibilidade material de recursos e sua não destinação para outros fins. O fato de o direito à saúde não ser absoluto não retira a sua fundamentalidade e eficácia imediata para a sua exigibilidade. A teoria da reserva do possível não pode ser utilizada, por si

<sup>290</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Maria Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

<sup>291</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

<sup>292</sup> HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass Robert. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 119-120.

<sup>293</sup> KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 144, out./dez. 1999, p. 240.

<sup>294</sup> GALDINO, Flavio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 336-339.

só, para criar obstáculos para a garantia desse direito fundamental sob o argumento de ausência de recursos, devendo ser analisado em conjunto com os demais elementos apresentados pelo indivíduo que requer determinada prestação de saúde.<sup>295</sup>

Deve-se considerar, em consonância com o mínimo existencial e a reserva do possível, a disponibilidade de recursos, a necessidade e a imperatividade do Estado de prover de maneira voluntária, através de políticas públicas e prestação de serviços, ou compelido pelo Poder Judiciário, o mínimo de condições para a existência digna do indivíduo.<sup>296</sup> Há, nesse sentido, o dever do administrador público no tocante a opções e escolhas das prioridades, conforme determinados critérios a serem estabelecidos.

Assim, ao Estado caberia conferir a máxima efetividade ao direito fundamental à saúde, quando envolver prestações positivas individualizadas, se o demandante demonstrar a sua hipossuficiência. Importa destacar, sob essa ótica, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais como um pressuposto basilar a ser considerado pelo intérprete para a concretização das garantias previstas na Constituição Federal. A utilização desse princípio, além de diretriz interpretativa, consiste em comando incisivo para conferir validade ao disposto no §1º, do artigo 5º, da Constituição Federal.<sup>297</sup>

Com o objetivo de promover-se a máxima efetividade das normas constitucionais, é imprescindível que, durante a interpretação conferida a esta norma, seja adotada aquela que promova uma maior concretização aos direitos fundamentais. Para tanto, há a necessidade de criação de garantias sociais, políticas e jurídicas,<sup>298</sup> que concedem as condições substanciais para o exercício dos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à saúde.<sup>299</sup>

Ressalta-se ainda que o nível de efetividade dos direitos fundamentais não depende apenas do seu reconhecimento pelo Direito Constitucional positivo, nem do nível de eficácia

<sup>295</sup> SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito Fundamental à Saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 103.

<sup>296</sup> SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito Fundamental à Saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 83.

<sup>297</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional**. São Paulo: Editora Ltr, 1999, p. 35-36.

<sup>298</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119-120.

<sup>299</sup> No mesmo sentido, Jellinek, assim como Barroso, trata da necessidade de que existam garantias sociais, políticas e jurídicas para conferir efetividade ao Direito Público (JELLINEK, George. **Teoría General del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 677-682).

jurídica, mas também do progresso econômico, distribuição de recursos e outros fatores.<sup>300</sup> Para Sarlet, é possível atribuir uma presunção em favor da aplicabilidade das normas constitucionais que disciplinam os direitos e garantias fundamentais, de modo que eventual recusa de sua aplicação deve ser justificada, o que não se aplica às demais normas constitucionais. Logo, a aplicabilidade imediata e a eficácia plena são a regra em relação aos direitos fundamentais e, caso isso não ocorra, deve haver a adequada justificativa, pois ao Poder Público incumbe conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.<sup>301</sup>

Desse modo, no momento em que se interpretam as normas constitucionais relativas ao direito fundamental à saúde, deve-se analisar qual das interpretações oferecerá a maior efetividade a esse direito, visando, sobretudo, a promover a garantia social acerca do atendimento de qualidade aos indivíduos carentes de amparo estatal.

Nesse contexto, Calabresi e Bobbit, ao analisarem o aumento do número de processos judiciais em relação à concretização de políticas públicas e direitos fundamentais, asseveram que determinadas decisões proferidas pelos juízes podem caracterizar escolhas trágicas, partindo-se de uma análise dos efeitos que essa decisão provoca no contexto social, político e econômico. Diante da condição de juízes ocupada por ambos os autores, ressalva-se que essa análise é pautada essencialmente em decisões formuladas por magistrados, mas que, conforme será ressaltado, permeiam tanto a judicialização do direito à saúde, quanto a concessão de tratamentos médicos no âmbito administrativo.

Segundo essa concepção, existem algumas formas de escassez que tornam escolhas particularmente dolorosas como necessárias, e essas escolhas podem ser conceituadas como trágicas ou não. A escassez, em determinados casos, pode ser evitada para alguns bens fazendo-os disponíveis no mercado. Porém, isso não se aplica a todos os bens, de modo que, para alguns deles, a sociedade deverá definir métodos de alocação, o que pode ocasionar o benefício de determinadas camadas sociais em detrimento a outras. Isso pode gerar um conflito entre, de um lado, os valores em que a sociedade determina os beneficiários de determinadas distribuições e os limites da escassez e, de outro lado, os valores morais que priorizam a vida e o bem-estar da população.

---

<sup>300</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Regime jurídico dos direitos fundamentais sociais na Constituição (parte I). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-05/direitos-fundamentais-regime-direitos-fundamentais-sociais-constituicao-parte>>. Acesso em: 12 out. 2018.

<sup>301</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 279-280.

É nessa conjuntura que as escolhas trágicas se manifestam, ou seja, no momento em que a sociedade tenta realizar alocações de modo a preservar os fundamentos morais e sociais. Há casos em que é possível realizar uma escolha e, ao mesmo tempo, garantir os valores primordiais da sociedade, hipótese em que a escolha trágica é substituída por uma alocação que não gera contradições morais. Caso contrário, estar-se-á diante de uma escolha considerada trágica, ou seja, aquela que determina a alocação de recursos escassos a determinados destinatários e, ao mesmo tempo, gera um conflito com os valores socialmente relevantes.<sup>302</sup>

Aplicando-se este conceito ao tema estudado, conclui-se que, ao destinar determinados recursos para a implementação e execução de políticas públicas de saúde com gratuidade irrestrita, ocorre uma alocação de bens escassos a determinadas parcelas sociais em detrimento a outras. Um juiz, ao decidir pela concessão de determinado medicamento a um indivíduo enfermo, e o legislador, ao caracterizar a saúde como gratuita na Lei 8.080/90, realizam uma escolha trágica, pois os mesmos recursos poderiam ser destinados a investimentos em hospitais ou medidas básicas de saúde pública a quem efetivamente necessita.

As escolhas trágicas referem-se, sobretudo, à impossibilidade econômica de o Poder Público atender a todas as necessidades da sociedade. Diante desse cenário, as decisões alocativas de natureza trágica envolvem um processo de custos, tendo em vista que não existem direitos fundamentais nem políticas públicas sem custos para a sua efetivação.<sup>303</sup>

No mesmo sentido, Holmes e Sustain defendem que, apesar de a doutrina tradicional usualmente caracterizar os direitos como invioláveis, peremptórios e decisivos, nenhum direito cuja efetividade depende de um gasto econômico pode ser considerado como absoluto e ser protegido de forma unilateral pelo Poder Público, sem atentar para as consequências orçamentárias. Tendo em vista que os direitos pressupõem recursos escassos, estes demandam, conseqüentemente, escolhas financeiras para a sua concretização.<sup>304</sup>

Com destaque especial para o acesso à saúde, Aaron e Shwartz evidenciam que a questão da escassez se coloca de forma mais relevante, tendo em vista a ideia comum na sociedade de ser imoral ou repugnante pensar nos custos envolvendo esse direito. Porém, pensar dessa forma tornou-se insustentável, de modo que os recursos destinados à saúde pública devem

---

<sup>302</sup> BOBBIT, Philip; CALABRESI, Guido. **Tragic Choices**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1978, p. 18-20.

<sup>303</sup> BOBBIT, Philip; CALABRESI, Guido. **Tragic Choices**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1978, p. 131-133.

<sup>304</sup> HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass Robert. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 119-120.

ser alocados conforme um contexto de escassez e incerteza.<sup>305</sup> As decisões tomadas nesse âmbito devem analisar quanto disponibilizar aos indivíduos, a quem atender em um sistema público e as condutas dos potenciais beneficiados, ou seja, utilizar métodos alocativos diante da escassez de recursos.<sup>306</sup>

Ao impor ao Estado a concessão de tratamentos médicos ou medicamentos a um indivíduo com condições suficientes para custeá-los, são deslocados recursos públicos que, de outro modo, poderiam ser destinados à coletividade efetivamente hipossuficiente e que necessita obter os mesmos tratamentos de forma gratuita. A atuação do Poder Público em questões envolvendo a concessão de tratamentos médicos a indivíduos economicamente capazes de obtê-los por conta própria mostra-se perigoso, ao trazer constantes inseguranças para a fruição coletiva do direito à saúde.

Portanto, utilizando-se a análise da efetivação do direito fundamental à saúde tendo como base o princípio da subsidiariedade, evidencia-se que a implementação de um modelo em que, segundo a gradação da capacidade econômica ou financeira, não houvesse uma gratuidade ampla, mas que sejam observados os recursos dos destinatários. Conforme exposto, essa análise mostra-se em conformidade com outros importantes princípios do ordenamento jurídico brasileiro, além de atender as teorias contemporâneas como a reserva do possível e a análise das escolhas trágicas.

### 3.3 OS DESAFIOS À IMPLEMENTAÇÃO DA SUBSIDIARIEDADE AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL

Após a explanação acerca da aplicação dos princípios constantes no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente o princípio da subsidiariedade, sustentou-se que considerar a saúde como um direito fundamental de caráter universal e gratuito a todos que vierem a pleitear determinado serviço ou tratamento médico prejudica a sua garantia àqueles que realmente necessitam de sua concretização. Em razão da escassez de recursos públicos para a promoção de serviços de saúde adequados a todas as pessoas, impõe-se a necessidade de mudanças estruturais no sistema unificado de proteção da saúde pública.

---

<sup>305</sup> AARON, Henry Jacob; SCHWARTZ, William Benjamin. **The Painful Prescription: rationing hospital care.** Wahsington: The Brookings Institution, 19854, p. 81.

<sup>306</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha:** em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 172-173.



Nesse contexto, passa-se a analisar os desafios a serem enfrentados pela adoção de um novo modelo de implementação de serviços e concessão de tratamentos médicos e suas implicações. Tendo em vista tratar-se, sobretudo, de uma forma diferenciada de conceber esse direito, ainda que fundamentado na previsão constitucional e que confira maior efetividade, a alteração no sistema vigente deve ser precedida de uma análise pormenorizada de determinadas circunstâncias, conforme será demonstrado a seguir.

Isso porque, tendo em vista o princípio da reserva do possível, a efetivação dos direitos fundamentais depende diretamente da disponibilidade de recursos por parte do Estado, o que deve ser observado na estruturação de um sistema de saúde a fim de que se atenda à atual realidade. Todos os direitos, tanto os direitos de caráter prestacional quanto os direitos de defesa, implicam em determinados custos para o Estado. Assim, nenhum direito será considerado absoluto, pois dependerá da existência de recursos econômicos do poder público para serem realizados.<sup>307</sup>

Ademais, conforme ressalta Dallari, o nível de saúde de um povo depende diretamente de seu nível de desenvolvimento econômico e cultural. Não é suficiente apenas a existência de serviços de saúde destinados à população, nem a previsão legal de normas acerca da saúde pública, se o Estado não atingiu um nível de desenvolvimento sócio-econômico e cultural para usufruir de todos os recursos técnicos existentes e que o permitam atender a todas as demandas na prática.<sup>308</sup>

Busca-se demonstrar, com isso, que o Estado brasileiro garante em âmbito constitucional o direito fundamental à saúde e está regulada em lei que prevê de forma adequada a estruturação e organização do sistema de saúde vigente, mas que carece de efetividade diante da má qualidade dos serviços prestados à população. Nesse sentido, de pouco adianta uma previsão legal que atribua gratuidade ampla aos destinatários se, na prática, os serviços usufruídos por quem necessita não possuem a eficiência esperada.

De acordo com os fundamentos ressaltados acima, a aplicação do princípio da subsidiariedade, consubstanciado com outros princípios e também com a teoria da reserva do possível, permite a construção de um modelo de saúde pública que leve em consideração a comprovação de alguns requisitos, dentre eles, a hipossuficiência financeira. A proposta que se

---

<sup>307</sup> HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass Robert. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 119-120.

<sup>308</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, n. 22, 1988, p. 330.

busca sustentar é a inserção destes critérios para que sejam concedidos tratamentos médicos, medicamentos e serviços de saúde a pessoas que não possam arcar com seus custos, conforme algumas graduações, na medida de sua disponibilidade de recursos.

Nesse contexto, Haberle ressalta que o conteúdo, validade, modificação e também os limites das normas jurídicas apenas podem desenvolver-se de forma plena através da análise da tríade aberta envolvendo a possibilidade, a realidade e a necessidade. A correlação entre essas três variáveis ocorre na forma de etapas de pensamento que sucedem umas às outras, de modo que primeiro se avalia a realidade na qual a norma incidirá, para posteriormente buscar as possibilidades alternativas e, por fim, identificar as necessidades.<sup>309</sup> Sob essa ótica, a alteração da lei em relação à gratuidade ampla para a concessão de tratamentos médicos atende a esses critérios, visto que é necessária para adequar-se à atual realidade fática, é uma alternativa possível para resolver o problema das diversas demandas existentes e é uma medida necessária, no sentido de conferir maior efetividade a esse direito fundamental.

Entretanto, cabe ressaltar que o modelo a ser aqui defendido acarretará em uma alteração substancial no atual Sistema Único de Saúde (SUS), visto que se propõe uma reanálise acerca da gratuidade ampla prevista no artigo 43 da Lei 8.080/90. Por conseguinte, uma mudança que influencia no sistema vigente necessita observar adequadamente os procedimentos a serem adotados, tais como a legalidade, a transparência e a participação social, a fim de atender aos interesses da sociedade segundo os preceitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em conformidade com o capítulo anterior, em que se tratou acerca da estrutura e organização do SUS, os artigos 196 e 198 da Constituição Federal estabelecem como suas características o atendimento integral, universal e igualitário da população. Portanto, em sede constitucional, conclui-se que não há menção à gratuidade dos serviços oferecidos, o que foi previsto apenas posteriormente, com a edição da Lei nº 8.080/90, responsável pela regulação do atual sistema de saúde.

Portanto, não há que se falar em uma interpretação contrária à Constituição Federal, tendo em vista que a restrição da gratuidade prevista em lei não altera as características atribuídas em sede constitucional ao direito fundamental à saúde. Ressalta-se que a concessão de tratamentos gratuitos apenas aos indivíduos que comprovem sua hipossuficiência financeira

---

<sup>309</sup> HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 55.

não abala a universalidade dos serviços prevista no artigo 196. É que, enquanto a universalidade refere-se ao fato de todos os cidadãos terem acesso às ações e serviços de saúde, tanto públicos quanto privados, a gratuidade corresponde à ausência de custos para o usuário no momento de beneficiar-se do serviço.

Independentemente de ser um serviço de saúde gratuito ou não, o direito fundamental à saúde propriamente dito ainda poderá ser considerado como universal, visto que todos os cidadãos do país deverão ter acesso, segundo garante a norma constitucional. Disso resulta que a construção de um novo modelo baseado na capacidade financeira dos destinatários não abala as características constitucionais atribuídas ao direito fundamental à saúde, visto que o acesso permanecerá universal, integral e igualitário, apenas sendo modelada a gratuidade. Do mesmo modo, não há que se falar em ofensa à cláusula pétrea prevista no artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal<sup>310</sup>, pois, conforme ressaltado, não haverá abolição ou sequer redução de direitos e garantias individuais.

Haja vista que a característica sobre a qual se discute na presente pesquisa, ou seja, a gratuidade, não está prevista na Constituição Federal, não há imposição em se observar o procedimento mais rigoroso de mudança da norma via Emenda Constitucional, segundo prevê o artigo 60, caput e §2º<sup>311</sup>. A inclusão de outros critérios para regulamentar as ações de saúde é possível por meio do procedimento destinado às leis comuns, consoante os artigos 66 e 67 da Constituição Federal, vez que a alteração se dará na Lei 8.080/90, especificamente no que consiste à sua gratuidade.

Além disso, é essencial destacar que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, conforme estabelece o artigo 196 do texto constitucional. Porém, deve-se considerar ainda o fato de que o §2º, do artigo 2º, da Lei 8.080/90<sup>312</sup> ressalva que, embora seja dever do Estado garantir a saúde pública mediante a execução de políticas públicas e sociais que assegurem o acesso universal e igualitário, isso não exclui o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. Isso significa que não cabe apenas ao Poder Público conferir assistência de saúde

<sup>310</sup> Artigo 60, “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.”

<sup>311</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. [...] § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.”

<sup>312</sup> Artigo 2º, “§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.”

a todos os cidadãos indistintamente, de modo que a responsabilidade deve ser compartilhada com a própria coletividade.

Da leitura do artigo 197 da Constituição Federal<sup>313</sup>, infere-se que cabe ao Poder Público dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, sendo que a execução pode ser feita diretamente ou através de terceiros. Em que pese atualmente a iniciativa privada tenha função complementar, por meio do oferecimento de planos de saúde, pode-se extrair desse dispositivo a interpretação no sentido de que o serviço público de saúde não deve ser universalmente responsável pelo atendimento gratuito das diversas demandas existentes perante o Estado. Seria possível atribuir ao próprio indivíduo, mediante a contratação de planos privados ou o pagamento com seus próprios recursos, o ônus de arcar com seus tratamentos, reservando àqueles hipossuficientes a prerrogativa de utilizar o sistema público e gratuito de saúde.

É nesse sentido que, para Leal, as demandas de saúde devem ser apreciadas e ponderadas diante de dois aspectos: 1) qualitativo-normativo-constitucional, por ser um direito fundamental assegurado à sociedade e compartilhada entre os entes envolvidos; 2) quantitativa-orçamentária, diante da disponibilidade material limitada para o acolher demandas cada vez mais ilimitadas no ordenamento jurídico. O primeiro aspecto é a base do direito fundamental à saúde, enquanto o segundo é condição para a sua efetivação, de modo que ambos devem ser analisados para a sua concretização.<sup>314</sup>

Nessa perspectiva, sem promover uma alteração no texto constitucional, é possível se estabelecer, mediante lei, uma gradação da contribuição, de modo que determinados indivíduos passam a também ser incumbidos do ônus de arcar com seus tratamentos de saúde. A proposta é estabelecer uma forma de que os usuários, conforme sua capacidade financeira, contribuam para a manutenção de um sistema de qualidade e que garanta, na prática, esse direito fundamental.

Ressalta-se que deverá ser estabelecido, de acordo normas previstas em lei, a divisão entre determinadas camadas sociais e o nível de contribuição de cada uma delas para o sistema de saúde, conforme a sua disponibilidade de recursos. Os indivíduos hipossuficientes

---

<sup>313</sup> “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

<sup>314</sup> LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 25, jul./set. 2006, p. 33.

economicamente, na medida em que não estão aptos a arcar com os custos do tratamento pleiteado, podem obtê-los sem a necessidade de contribuição, enquanto aqueles aptos a arcar com esse ônus deverão contribuir.

A fim de construir um modelo progressivo e que leve em consideração a possibilidade de contribuição do beneficiário nesse sistema, seria realizada uma tabela de gradação dos grupos sociais conforme a renda percebida pelo conjunto familiar, de modo que cada um contribui de acordo com a faixa de renda a que se insere. A título de exemplo, considere-se que três indivíduos pleiteiam um tratamento médico no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais): o primeiro recebe cerca de R\$1.000,00 (mil reais) mensais; o segundo recebe cerca de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) mensais; e, por fim, o terceiro recebe um salário mensal de R\$ 15.000,00 (quinze mil) reais. De acordo com a renda obtida por cada um, conclui-se, a princípio, que o primeiro indivíduo teria seu sustento prejudicado em razão do ônus envolvendo o tratamento, devendo ser concedido de forma gratuita pelo Estado. O segundo possui uma renda média, de forma que poderia contribuir para arcar com uma pequena parcela do tratamento, a ser estabelecido em lei. No mesmo sentido, o terceiro possui condições financeiras que o permitiria custear uma porcentagem significativa com seus próprios recursos.

Cabe destacar que um indivíduo que percebe uma renda mensal muito baixa, considerando-se, em caráter exemplificativo neste trabalho, como aquele que percebe até um salário mínimo, dificilmente poderá arcar com quaisquer medicamentos e tratamentos médicos sem comprometer suas necessidades básicas. Ao passo que quando os rendimentos mensais aumentam, o indivíduo poderá contribuir com o custo de alguns tratamentos de forma parcial ou arcá-los substancialmente por conta própria, conforme suas condições financeiras.

Será considerado neste trabalho, para fins de definição dos indivíduos a serem beneficiados pela fruição de serviços de forma gratuita, a sua capacidade financeira, entendendo-se este como o critério mais viável para a aferição da sua disponibilidade de recursos. Ressalva-se, contudo, que poderá ser considerada eventualmente a capacidade econômica do beneficiário do serviço de saúde, tendo em vista que, em determinados casos, pode ocorrer de a capacidade financeira, por si só, não ser suficiente para definir a necessidade de concessão na forma gratuita. Em síntese, deve-se avaliar inicialmente a capacidade

financeira das pessoas que requerem o serviço e, caso não seja suficiente averiguar apenas com base nesse critério, analisar-se-á a capacidade econômica.<sup>315</sup>

Recentemente, foram proferidas algumas decisões judiciais que, tendo em vista a judicialização excessiva em relação à concessão de medicamentos e tratamentos médicos, passaram a incluir determinados critérios para diminuir a quantidade de litígios. Assim, serão analisados em seguida alguns casos levados à apreciação do Poder Judiciário, seus avanços em relação ao modelo vigente e quais são os desafios a serem enfrentados.

Nessa linha de abordagem, constatou-se uma evolução, embora parcial, por ocasião do julgamento do Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (IRDR) nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ/SC), em 09/11/2016. Entendeu este Tribunal que para a concessão judicial de remédios ou tratamentos constantes das listas oficiais do SUS, faz-se necessário, tão somente, que seja atestado por médico e demonstrado que ocorreu a negação no seu fornecimento pelos órgãos públicos de saúde. De modo diverso, em se tratando de medicamento ou tratamento não padronizado pelo SUS, devem ser observados, requisitos adicionais, destacando-se a demonstração de hipossuficiência financeira do requerente.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA – IRDR. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS E TERAPIAS PELO PODER PÚBLICO. DISTINÇÃO ENTRE FÁRMACOS PADRONIZADOS DOS NÃO COMPONENTES DAS LISTAGENS OFICIAIS DO SUS. NECESSÁRIA REPERCUSSÃO NOS REQUISITOS IMPRESCINDÍVEIS AO NASCIMENTO DA OBRIGAÇÃO POSITIVA DO ESTADO. 1. Teses Jurídicas firmadas: 1.1 Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF). 1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade

---

<sup>315</sup> Cabe ressaltar que os termos capacidade econômica e financeira, embora pareçam similares em teoria, são distintos. Nessa pesquisa, considera-se como capacidade financeira os rendimentos e despesas das pessoas analisadas, ou seja, a disponibilidade de recursos para liquidar suas dívidas. Em regra, a expressão denota a renda obtida mensalmente pelas pessoas por meio de remuneração salarial ou de outra origem. A capacidade econômica, de outro modo, refere-se ao seu patrimônio, isto é, a quantidade de bens ativos. As expressões estão relacionadas, mas pode ocorrer de um indivíduo não ter capacidade financeira, mas ter capacidade econômica suficiente para arcar com os medicamentos pleiteados. Isso ocorre, por exemplo, quando o salário por ele percebido é baixo, mas possui diversos bens em seu nome em decorrência de uma herança recebida ou de um patrimônio adquirido ao longo da vida, quando gozava de maior poder aquisitivo.

em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica.<sup>316</sup>

O Supremo Tribunal Federal (STF), durante decisão proferida em sede de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175, logo após as discussões sobre a concretização do direito à saúde na Audiência Pública nº 4, também estabeleceu alguns requisitos para a concessão de medicamentos e assistência farmacêutica na esfera judicial. Na ocasião, destacou-se que devem ser diferenciadas as situações em que há uma política pública estatal que abrange a prestação de saúde pleiteada pela parte, hipótese em que o judiciário deve intervir para o cumprimento da omissão ou prestação ineficiente. Caso contrário, o juiz deve verificar se a prestação de saúde está prevista no rol do SUS ou se o tratamento é apenas experimental, caso em que o Estado não está obrigado a fornecer o tratamento.<sup>317</sup>

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se acerca da obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos em caráter excepcional, ou seja, aqueles não contemplados na Portaria nº 2.982/2009 do Ministério da Saúde<sup>318</sup>, e os requisitos a serem analisados. Em recente decisão proferida em agosto deste ano, entendeu o tribunal superior que o poder público é obrigado a fornecer medicamentos que não constam no referido ato normativo, desde que presentes os seguintes requisitos: laudo médico que comprove a necessidade do produto; incapacidade financeira do paciente e registro do medicamento perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). A decisão foi proferida pelo tribunal nos seguintes termos:

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1),

<sup>316</sup> SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Grupo de Câmaras de Direito Público. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0302355-11.2014.8.24.0054/5000. Relator: Desembargador Ronei Danielli, Florianópolis, julgado em 9 nov. 2016. Disponível em: <[https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1I00504FE0000&processo.foro=54&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_116141d50a9f41ff9a26d36b005d0c0e](https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1I00504FE0000&processo.foro=54&uuidCaptcha=sajcaptcha_116141d50a9f41ff9a26d36b005d0c0e)>. Acesso em: 20 out. 2018.

<sup>317</sup> BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175 CE, Relator: Presidente Ministro Gilmar Mendes, Brasília, julgado em 16 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 20 out. 2018. No mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso estabeleceu critérios para a concessão de medicamentos na via judicial, para aqueles constantes ou não no rol do SUS, no RE nº 566.471, proferido em 28/09/2016, o qual se encontra atualmente suspenso. Para maiores informações, ver: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/09/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-vers%C3%A3o-final.pdf?x48657>>. Acesso em: 20 out. 2018.

<sup>318</sup> A portaria citada traz uma lista de medicamentos que devem ser adquiridos pelos entes federativos e fornecidos em nível de assistência farmacêutica e atenção básica (BRASIL. **Portaria nº 2.982, de 26 de novembro de 2009**. Aprova as normas de execução e de financiamento da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2982\\_26\\_11\\_2009\\_rep.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2982_26_11_2009_rep.html)>. Acesso em: 25 out. 2018).

necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. (...) 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015. A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.<sup>319</sup> (STJ, Recurso Especial nº 1.657.156 RJ 2017/0025629-7, Primeira Seção, Relator Ministro Benedito Gonçalves, data de julgamento: 25/04/2018).

A partir da análise desses casos, percebe-se uma tendência, ainda que inicial, em se reconhecer critérios relacionados à demonstração de hipossuficiência econômica ou financeira para arcar com os custos dos tratamentos médicos pleiteados perante o Poder Judiciário. Em ambas as decisões judiciais transcritas, houve uma alteração substancial no posicionamento dos tribunais. O posicionamento do STJ foi inclusive consagrado em sistema de precedentes repetitivos sob o número 106, consagrando essa nova diretriz em âmbito nacional. Enquanto anteriormente se considerava que qualquer tratamento médico deveria ser concedido ao indivíduo, diante da garantia do direito fundamental à saúde previsto em sede constitucional, os precedentes passaram a inserir a comprovação da capacidade do destinatário de adquiri-lo com seus próprios recursos.

Cabe ressaltar que, nestas decisões judiciais, os tribunais apenas condicionaram a fruição do serviço de saúde à verificação da capacidade econômica ou financeira nos casos de medicamentos não previstos no rol do SUS. Nos demais casos, em que o tratamento estiver incorporado na referida lista, o Poder Público deve concedê-lo independentemente desse requisito. Em que pese a relevância destes entendimentos para a paulatina modificação na concepção atual acerca do sistema público de saúde, defende-se no presente trabalho que a análise acerca da hipossuficiência econômica ou financeira deve fundamentar todos os pedidos,

<sup>319</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Primeira Seção. Recurso Especial nº 1.657.156 RJ 2017/0025629-7. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, julgado em 25 abril 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>>. Acesso em: 20 out. 2018.



sejam em âmbito judicial ou administrativo, de medicamentos e tratamentos médicos, a fim de construir-se um novo sistema que confira maior efetividade à população.

Além disso, a tese firmada pelo STJ e pelo TJ/SC apenas iniciou a surtir seus efeitos na jurisprudência brasileira, ainda não sendo totalmente adotada pelos demais tribunais, tendo em vista serem decisões ainda recentes e versarem sobre uma alteração substancial em relação ao entendimento tradicional acerca do direito fundamental à saúde.<sup>320</sup>

Por outro lado, verifica-se que a jurisprudência hodierna vem incorporando aos poucos esse posicionamento. A título de exemplo, cita-se caso em que a Sexta Turma Recursal de Lages, no julgamento de recurso inominado interposto contra sentença de improcedência em relação à concessão de tratamento médico. Na situação narrada, a autora requereu o fornecimento mensal do medicamento *Clexane 40mg*<sup>321</sup>, mas, conforme atestado pelo conjunto probatório constante dos autos, esta possui condição financeira suficiente para obtê-lo por conta própria, tendo em vista que as condições de vida e o patrimônio acumulado. Por tais razões, o tribunal negou o referido pedido, utilizando como fundamento a possibilidade de a própria requerente arcar com o ônus decorrente do tratamento.<sup>322</sup>

Ressalta-se ainda a atuação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), que possui jurisprudência reiterada no sentido de que o direito fundamental à saúde deve ser

<sup>320</sup> O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, proferiu neste ano decisão no sentido de que se atribui ao Poder Público a “obrigatoriedade de fornecer medicamentos e/ou insumos e tratamentos à população, de forma regular e constante, nos termos da prescrição médica, independentemente de eventuais óbices orçamentários ou de listas oficiais por ele elaboradas ou de questionamento referente à hipossuficiência econômica” (SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Primeira Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 1029504-81.2017.8.26.0602. Orvílio Rodrigues dos Santos e Prefeitura Municipal de Sorocaba. Relator Desembargador Aliende Ribeiro. São Paulo, julgado em 2 abril 2018. Disponível em: <[https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11322688&cdForo=0&uuiidCaptcha=sajcaptcha\\_7c675db2b86e47d8917981d85730ac78&v1Captcha=syuRU&novoVICaptcha=>](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11322688&cdForo=0&uuiidCaptcha=sajcaptcha_7c675db2b86e47d8917981d85730ac78&v1Captcha=syuRU&novoVICaptcha=>)>. Acesso em: 26 out. 2018).

<sup>321</sup> Conforme narrado nos autos, o referido medicamento representa um custo mensal de R\$1.470,00 (mil quatrocentos e setenta reais).

<sup>322</sup> Uma das particularidades deste caso refere-se ao fato de que a autora declarou que recebe mensalmente a quantia de R\$2.800,00 (dois mil e oitocentos) reais mensais. Porém, ao analisar o seu estilo de vida e computando-se a renda de todo o núcleo familiar, concluiu a turma recursal por manter a sentença de improcedência, em razão da não comprovação da hipossuficiência econômica ou financeira. Segundo ressaltou o próprio magistrado de primeiro grau, “tendo em vista que a autora possui situação financeira econômica confortável, que o custo do medicamento não é exorbitante frente às condições financeiras da requerente e que, além de tudo isso, a demandante possui plano de saúde particular que, ao que tudo indica, jamais lhe negou atendimento, tenho que o pedido inicial formulado deve ser julgado improcedente, revogando-se, por consequência, a medida liminar deferida”. (SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Sexta Turma de Recursos de Lages. Recurso Inominado nº 0003775-21.2013.8.24.0035. Relatora Juíza Gisele Ribeiro. Lages, julgado em 27 set. 2018. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=Recurso%20Inominado%200003775-21.2013.8.24.0035&only\\_ementa=&frase=&id=AAAgOzAAVAAAw8AAJ&categoria=tr5>](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=Recurso%20Inominado%200003775-21.2013.8.24.0035&only_ementa=&frase=&id=AAAgOzAAVAAAw8AAJ&categoria=tr5>)>. Acesso em: 26 out. 2018).

conjugado com critérios de disposição financeira para aquisição do tratamento requerido por conta própria, o que foi reconhecido, inclusive, por meio da edição de lei estadual, conforme se verá adiante. Dentre as diversas decisões proferidas nesse sentido, cabe trazer recente apelação julgada pelo TJ/RS em que um casal pleiteava a concessão do medicamento *Venvaneze 30mg* para o tratamento de seu filho, portador de Transtorno de Déficit de Atenção. O tribunal manteve a sentença de improcedência já proferida em primeira instância, sob o argumento de que não foi comprovada a incapacidade aquisitiva do requerente, pois o medicamento representava apenas 4% (quatro por cento) da renda familiar mensal, consubstanciado com o fato de que possuem extenso patrimônio.<sup>323</sup>

Embora ainda se observem algumas ressalvas na jurisprudência dos tribunais brasileiros acerca da inclusão da capacidade financeira como critério para a delimitação dos serviços de saúde a serem concedidos, as teses firmadas pelo TJ/SC e pelo STJ contribuíram para uma nova percepção do direito fundamental à saúde no âmbito do Poder Judiciário. Ainda não é pacífica a aplicação deste posicionamento, mas constata-se um avanço em relação às decisões judiciais proferidas, o que pode influenciar em uma modificação da concepção acerca do SUS.

As decisões judiciais proferidas são positivas, mas importa observar que o melhor caminho para a definição de critérios objetivos para a modulação da gratuidade, segundo os pressupostos do princípio da subsidiariedade, é por meio da atuação do Poder Legislativo, mediante a edição de norma infraconstitucional. Nessa perspectiva, merece destaque a aprovação da Lei nº 9.908/93<sup>324</sup> pelo Estado do Rio Grande do Sul que dispôs sobre o fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais de uso contínuo e indispensáveis à vida do paciente, apenas às pessoas que comprovem insuficiência econômica ou financeira para arcarem com os seus custos.

---

<sup>323</sup> O juiz de primeiro grau sustentou que em razão da “comprovação de que, juntos, os pais do autor têm renda mensal que atinge quase 09 (nove) vezes o valor do salário mínimo nacional, bem como que o valor do medicamento, no último pedido de bloqueio, representava menos de 4% (quatro por cento) da renda familiar, mostra-se que era plenamente possível aos genitores do autor, desde o ajuizamento da demanda, fornecer tal fármaco ao filho”, posicionamento também adotado pelo relator (RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Oitava Câmara Cível. Apelação nº 70076216977. Relator Desembargador Rui Portanova. Porto Alegre, julgado em 28 jun. 2018. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70076216977&num\\_processo=70076216977&codEmenta=7812755&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70076216977&num_processo=70076216977&codEmenta=7812755&temIntTeor=true)>. Acesso em: 26 out. 2018).

<sup>324</sup> O art. 1º da Lei nº 9.908/93 estabelece: “Art. 1º - O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. Parágrafo único - Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente.”

Diante do exposto, conclui-se que os desafios a serem enfrentados pela aplicação da subsidiariedade ao direito fundamental à saúde são, sobretudo, de ordem cultural e operacional. Em decorrência da maior relevância conferida às constituições pelo neoconstitucionalismo e, conseqüentemente, a importância atribuída à atuação do Poder Judiciário, a população brasileira está habituada a considerar que o Estado deve conferir todo e qualquer tipo de assistência à população, com base nos direitos fundamentais, sendo que a negativa será questionada perante o Poder Judiciário.

Essa visão culturalmente estabelecida no país, consubstanciada com o entendimento predominante no sentido de garantir a saúde de modo gratuito a todos, gera a insuficiência financeira de atender a todas essas demandas e a baixa efetividade dos serviços oferecidos aos indivíduos hipossuficientes. Outrossim, as dificuldades na estrutura e organização de um novo sistema de saúde podem ser enfrentadas mediante a edição de lei que estabeleça especificamente os critérios a serem considerados, as faixas de rendas e os custos dos tratamentos médicos a serem oferecidos.

Desse modo, buscou-se demonstrar, a partir da aplicação dos princípios previstos no ordenamento jurídico, em especial a subsidiariedade, que o direito à saúde é um direito de todos e uma responsabilidade solidária dos entes da federação, mas que pode ser modulado de acordo com a capacidade econômica ou financeira dos seus destinatários, a fim de conferir maior efetividade ao direito fundamental à saúde.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos conceitos tratados neste trabalho, compreende-se o modo como o ordenamento jurídico brasileiro busca proteger e assegurar a saúde como uma garantia universal e igualitária para todos os cidadãos, sendo dever do Estado fornecer subsídios para que todos tenham acesso de forma adequada. Conforme a previsão constitucional, deve-se atentar para que todos sejam formalmente atendidos por tal garantia, mas há, por outro lado, a falta de efetividade da norma constitucional que assegura a saúde pública a todos, em razão dos limites orçamentários enfrentados pelo Poder Público.

Haja vista o modelo adotado no contexto atual, a amplitude e extensão de sua aplicação, bem como a obrigação do ente estatal em conceder meios para seu uso gratuito a todos, não há possibilidade de uma efetiva concretização do direito fundamental à saúde, em níveis adequados, uma vez que aqueles que propriamente necessitam fruir deste direito, muitas vezes ficam impossibilitados de obter, por exemplo, tratamento médico, atendimento hospitalar ou fornecimento de medicamentos.

Buscou-se sustentar, sobretudo, que essa sistemática viola o princípio da subsidiariedade, ao conceder tratamentos médicos a indivíduos que poderiam obtê-los por conta própria. A partir do princípio da subsidiariedade, utilizaram-se ainda outros fundamentos para fortalecer essa argumentação, como os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana da solidariedade, além da teoria da reserva do possível, das escolhas trágicas e dos custos dos direitos.

Esses fundamentos permitem afirmar que a caracterização da saúde como um direito gratuito a todos atribui demasiada generalidade ao dispositivo constitucional, pois prejudica o direito daqueles que efetivamente carecem dos recursos necessários para usufruí-los. O acesso à saúde, mediante um modelo de gratuidade ampla, contemplando inclusive aqueles que possuem recursos suficientes para custeá-la, está em desconformidade com o princípio da subsidiariedade, tendo em vista o preceito de que o ente estatal deve intervir em assuntos concernentes aos indivíduos apenas de forma secundária, conforme as necessidades fáticas.

Ademais, a necessidade de uma mudança estrutural em relação à gratuidade prevista pela Lei 8.080/90, no âmbito do SUS, é justificada pelo panorama vivenciado constantemente por grande parte da população brasileira. Os dados mencionados anteriormente comprovam a

atual crise no sistema de saúde, em decorrência de falta de recursos para contratação de novos médicos, aquisição de medicamentos e de equipamentos de qualidade para o atendimento dos pacientes. Diante desse cenário, os indivíduos carentes economicamente e que necessitam de tratamentos e atendimentos médicos de forma gratuita, apesar da garantia do direito à saúde previsto em sede constitucional, são impossibilitados de obtê-los de forma eficiente.

A aplicação do princípio da subsidiariedade permite a interpretação de que o direito à saúde é um direito de todos e uma responsabilidade solidária dos entes da federação, mas que pode ser modulado de acordo com a capacidade econômica ou financeira dos seus destinatários. Do mesmo modo, o modelo adequa-se ao princípio da solidariedade social, vez que não somente ao Estado, mas também ao indivíduo recai a responsabilidade por conferir maior efetividade ao direito fundamental à saúde.

A mesma conclusão se infere a partir da adequação ao princípio da dignidade humana, pois é restringindo-se a gratuidade financeira apenas à parcela da população que não pode custear os serviços de saúde que será possível oferecer um tratamento digno e efetivo, concretizando o direito fundamental à saúde à coletividade. Essa proposta adequa-se ao princípio da igualdade, visto que conceder medicamentos e tratamentos médicos apenas às pessoas comprovadamente hipossuficientes leva em consideração os pressupostos da igualdade material, ou seja, as desigualdades existentes em relação a um indivíduo que não possui capacidade de arcar com os ônus de sua aquisição.

Ademais, da própria reserva do possível, segundo a qual, a partir da efetivação de determinados direitos, surgem, em contrapartida, custos para o poder público, decorre que o Estado deve avaliar critérios econômicos ao conceder tal garantia ao indivíduo. A teoria das escolhas trágicas permite afirmar, da mesma forma, que a escolha por um modelo de saúde que conceda gratuidade irrestrita gera uma alocação de bens escassos que dependem diretamente dos recursos econômicos do Poder Público, o que prejudica a concretização desse direito fundamental.

Para atingir esse objetivo, entende-se que há possibilidade de a referida modulação ser definida por legislação ordinária, estabelecendo critérios objetivos que permitam identificar, por meio de elementos comprobatórios da capacidade econômica ou financeira, quem necessita do amparo dos poderes públicos e quem consegue por seus próprios meios ter acesso às ações e tratamentos relacionados à saúde.

O tema é complexo e existem diversas controvérsias em relação ao assunto, visto que a saúde trata de esferas muito valiosas do ser humano, dentre elas, a sua própria vida. Porém, é preciso reconhecer que se, por um lado, a previsão legal de uma gratuidade universal é louvável em teoria, na prática, essa norma é constantemente descumprida o que, inclusive, prejudica a concretização desse direito fundamental na forma como previsto no artigo 196 da Constituição Federal.

Conclui-se, de todo modo, que foram atingidos os objetivos do presente estudo, com a resposta ao problema proposto, qual seja, buscar uma solução para a atual inefetividade do direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, propondo-se uma nova sistemática que utiliza como base critérios de hipossuficiência econômica e financeira dos destinatários. Demonstrou-se ainda, mediante a apresentação de dados concretos, análise de doutrina e jurisprudência, a atual inviabilidade de o Estado brasileiro manter economicamente um sistema de saúde que conceda gratuidade ampla a toda a população.

Diante dos fundamentos expostos no desenvolvimento desta Monografia, a partir da aplicação de tais preceitos, entende-se que será possível efetivar o direito à saúde no sentido de possibilitar que o Estado atue como um agente capaz de fornecer efetivamente as prestações sociais a quem delas necessita. Neste sentido, os poderes públicos passariam a conceder serviços e tratamentos de saúde à sociedade de forma eficiente e com qualidade, o que na atualidade ainda se afigura, em parte, como uma promessa não cumprida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- AARON, Henry Jacob; SCHWARTZ, William Benjamin. **The Painful Prescription: rationing hospital care.** Wahsington: The Brookings Institution, 1984.
- AGESTA, Luis Sánchez. **El principio de función subsidiaria.** Revista de Estudios Políticos, Madrid, n. 121, jan./fev. 1962.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALTHUSIUS, Johannes. **Política.** Rio de Janeiro: Liberty Fund; Topbooks, 2003.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha:** em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à Saúde:** práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação. Curitiba: Juruá, 2013.
- ASSIS, Araken de (coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde.** Porto Alegre: Editora Notadez, 2007.
- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre principios y reglas, **Cuadernos de Filosofía del Derecho.** Alicante: Doxa, n. 10, 1991, p. 101-120.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da aplicação à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- AUGUSTO, Maria Helena Oliva. Políticas públicas, políticas sociais e políticas de saúde: algumas questões para reflexão e debate. **Tempo social Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, v. 1, n. 2, 1989, p. 116.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional.** Editora Fórum: Belo Horizonte, 2006.
- BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços.** São Paulo: JG Editor, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 83-103.
- BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdo mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.

\_\_\_\_\_. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, n. 96, v. 12, fev./mai. 2010, p. 5-43.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2017, p. 31-61.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 3-12.

BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, H.; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de Derecho Constitucional**. Madri: Marcial Pons, 1996.

BIDGOOD, Alliot; CLARKE, Emily. **Healthcare Systems**: France. Based on the 2001 Civitas Report by David Green and Benedict Irvine. Disponível em: <<http://www.civitas.org.uk/content/files/france.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Unb, 2004, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Unb, 1995.

BOBBIT, Philip; CALABRESI, Guido. **Tragic Choices**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1978.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. El principio de la solidaridad y los derechos humanos de naturaleza ambiental. In: LOSANO, Mario Giuseppe (Ed.). **Solidaridad y Derechos Humanos em tempos de crisis**. Madri: Dykinson, 2011.



BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BORGETTO, Michel. **La notion de fraternité en droit public français: le passé, le présent et l'avenir de la solidarité**. Paris: Editeur LGDJ, 1993.

BORTOLOTTI, Franciane Woutheres; Schwartz, Germano. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle de políticas públicas sanitárias. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 177, jan./mar. 2008, p. 257-264.

BRANCO, Paulo Gustavo Tonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 27.664, de 30 de Dezembro de 1949**. Regula o Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-27664-30-dezembro-1949-340344-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923**. Crea, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4682-24-janeiro-1923-538815-publicacaooriginal-90368-pl.html>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro de 1966**. Unifica os Institutos de Aposentadoria e Pensões e cria o Instituto Nacional de Previdência Social. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0072.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 1.261**. Torna obrigatórias, em toda a República, a vacinação e a revaccinação contra a varíola. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-1261-31-outubro-1904-584180-publicacaooriginal-106938-pl.html>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.439, de 1º de setembro de 1977**. Institui o sistema Nacional de Previdência e Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6439.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6439.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1996.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm)>. Acesso em: 25 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº 2.982, de 26 de novembro de 2009.** Aprova as normas de execução e de financiamento da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2982\\_26\\_11\\_2009\\_rep.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2982_26_11_2009_rep.html)>. Acesso em: 25 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal Federal.** Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175 CE, Relator: Presidente Ministro Gilmar Mendes, Brasília, julgado em 16 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 20 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça.** Primeira Seção. Recurso Especial nº 1.657.156 RJ 2017/0025629-7. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, julgado em 25 abril 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRIGHAM, Karen Berg; CHEVREUL, Karine; QUEVEDO, Cristina Hernández; ZALESKI, Isabelle Durand. France: health system review. **Health Systems in Transition**, Copenhagen, v. 17, n. 3, 2015. Disponível em: <[http://eprints.lse.ac.uk/65775/1/Hernandez\\_France%20health%20system%20review\\_Author\\_2016.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/65775/1/Hernandez_France%20health%20system%20review_Author_2016.pdf)> Acesso em: 2 jul. 2018.

BUSSINGUIER, Elda Coelho de Azevedo; SOUZA, Sâmela Cristina de. Uma análise comparada entre os sistemas de saúde brasileiro e chileno a luz do princípio bioético da solidariedade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 99, jan./fev. 2017, p. 6-7.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANÃS, Antonio Gordillo. Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho. **Anuario de Derecho Civil**, Madri, n. 2, 1988, p. 469-516.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, Ideología, Sociedad**. Buenos Aires: Editora Jurídicas Europa-América, 1974.

CARBONELL, Miguel (org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta.

CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 27, n. 78, p. 9-10. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v27n78/02.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

CARRERA, Boixareu Angel. El principio de subsidiariedade. **Revista de Instituciones Europeas**, Madri, n. 21, set./dez. 1994, p. 771-808.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

CENTRO NACIONAL DE FÉ E POLÍTICA DOM HELDER CÂMARA – CEFEP. **Carta Encíclica “Mater et Magistra”**. Disponível em: <<http://www.cefep.org.br/carta-enciclica-de-joao-xxiii-mater-et-magistra/>>. Acesso em: 04 out. 2018.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Governo gasta R\$3,89 ao dia na saúde de cada brasileiro**. Levantamento do CFM avalia gasto per capita em saúde pública; indicadores mostram que valores aplicados pelos municípios sofreram queda de mais de R\$ 10 bilhões. 2016. Disponível em: <[https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=25985:2016-02-18-12-31-38&catid=3](https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25985:2016-02-18-12-31-38&catid=3)>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Gasto público em saúde no Brasil é o 3º pior das Américas**. 2017. Disponível em: <[https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=27051:2017-07-17-15-55-15&catid=3](https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27051:2017-07-17-15-55-15&catid=3)>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CHADE, Jamil. **Porcentual de orçamento para a saúde no Brasil é próximo ao do africano**: gastos do governo na área estão abaixo da média mundial e famílias brasileiras, entre as que mais precisam pagar por atendimento. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,porcentual-de-orcamento-para-a-saude-no-brasil-e-proximo-ao-do-africano,70002312554>> Acesso em: 27. set. 2018.

CHICHARRO, Alícia Lázaro. **El principio de subsidiariedad en la Unión Europea**. Navarra: Aranzadi, 2001.

CHILE. **Constitución Política de la República de Chile**. Disponível em: <[https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion\\_politica.pdf](https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf)>. Acesso em: 1 jul. 2018.

CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo Sales. **Direito à Saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CIPRIANI, Manoella Peixer; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 163-188.

COMMONWEALTH FUND. **Mirror, Mirror 2017: international comparison reflects flaws and opportunities for better U.S. health care**. nidos. 2017. Disponível em: <<https://interactives.commonwealthfund.org/2017/july/mirror-mirror/>> Acesso em: 3 jul. 2018.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Júlio Pinto da. A Reforma Obama e o Sistema de Saúde dos EUA. **Arquivos de Medicina**. Porto Alegre, v. 27, n. 4, ago. 2013, p.158-167.

CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le sue disposizioni di Principio**. Milão: Giuffrè Editore, 1952.

CRISTÓVAM, José Sérgio. A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante do Direito Administrativo. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 22, n. 18, 2015, p. 79-104.

\_\_\_\_\_. **Princípios Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 86-87.

\_\_\_\_\_. **Sobre o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais**. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22634/sobre-o-neoconstitucionalismo-e-a-teoria-dos-principios-constitucionais/1>>. Acesso em: 29 set. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário de São Paulo**. São Paulo, n. 3, v. 9, nov./dez. 2008, p. 9-34.

\_\_\_\_\_. O papel do município no desenvolvimento de políticas de saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, v. 25, n. 5, out. 1991. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89101991000500013](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101991000500013)>. Acesso em: 6 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, n. 22, 1988, p. 327-334.

DECLARAÇÃO de Alma-Ata = **Declaration of Alma-Ata**. 6 a 12 de setembro de 1978, produzida durante a Conferência Internacional sobre cuidados primários de Saúde. Disponível em: <<http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>> Acesso em: 30 dez. 2017.

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão = **Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**. 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em: 27 dez. 2017.

DECLARAÇÃO de Direitos de Virgínia = **Virginia Declaration of Rights**. 16 de junho de 1776. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>> Acesso em: 27 dez. 2017.

DELCAMP, Alain. **Droit Constitutionnel et Droit Administrative**: principe de subsidiarité et décentralisation. *Revue Française de Droit Constitutionnel*. Paris, Press Universitaires de France, n. 23, 1995, p. 609-624.

DELORS, Jacques. **Le principe de subsidiarité: contribution au debat**. Paris: Institut Européen d'administration publique, 1991.

DELPÉRIÉE, Francis. Justice constitutionnelle et subsidiarité: observations liminaires. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Justice constitutionnelle et subsidiarité**. Bruxelas: Bruylant, 2000.

DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EHCI. **Euro Health Consumer Index 2017 Report**. 2018. Disponível em: <<https://healthpowerhouse.com/media/EHCI-2017/EHCI-2017-report.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FABRE, Cécile. **Social Rights Under the Constitution: government and the decent life**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 41, jul./set. 1955, p. 1-12

FERRAZ, Danilo Santos; SOUSA, Thaís Cruz. Princípios constitucionais: do jusnaturalismo ao pós-positivismo à luz da hermenêutica constitucional. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza, **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2010, p. 5882-5895.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 67, jul./set. 2008, p. 125-172.

FAVERET FILHO, Paulo; OLIVEIRA, Pedro Jorge de. A Universalização Excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde. **Planejamento de Políticas Públicas**. Brasília, n. 3, jun. 1990, p. 139-161.

FINKELMAN, Jacobo (org.). **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/sd/pdf/finkelman-9788575412848.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

FLÓREZ-VALDEZ, Joaquín Arces. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**, Madri: Civitas, 1990.

FMUSP. Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. **Demografia Médica no Brasil**. 2015. Disponível em: <<https://www.usp.br/agen/wp-content/uploads/DemografiaMedica30nov2015.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2018.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa; REIS, Ana Beatriz Oliveira. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 190-206.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005.

GIOVANELLA, Lígia; STEGMÜLLER, Klaus. Crise financeira europeia e sistemas de saúde: universalidade ameaçada? Tendências das reformas de saúde na Alemanha, Reino Unido e Espanha. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 30, nov. 2014, p. 1-19. Disponível em: <http://apsredes.org/wp-content/uploads/2015/10/TEXTOS-REFORMAS-EUROPEIAS.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2018.

GONZALES SÁNCHEZ, Carlos. **El principio de solidaridad em la Constitución Española**: Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano. Salamanca: Ratio Legis, 2012.

GÖTZ, Volkmar; HECKER, Michael. Il principio di sussidiarietà nel diritto costituzionale tedesco con particolare riferimento all' sua dimensione federale. In: RINELLA, Angelo; COEN, Leopoldo; SCARCIGLIA, Roberto. (Org.) **Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto**. Padova: CEDAM, 1999, p. 45-64.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quarter Latin, 2005.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

HEALTHYN PORTUGAL. **Atlas de Oportunidades. Ficha de país**: França. 2013. Disponível em: [http://www.healthyn.pt/Images/Documentos/Benchmarking\\_França.pdf](http://www.healthyn.pt/Images/Documentos/Benchmarking_França.pdf). Acesso em: 2 jul. 2018.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

História do Sistema Único de Saúde – SUS. *In: A Saúde no Brasil: História do Sistema Único de Saúde, arcabouço legal, organização, funcionamento, financiamento do SUS e as principais propostas de regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, de 2000. Nota Técnica nº 10, de 30 de agosto de 2011. Elaborado pelo Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2011/nt10.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2018.*

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass Robert. **El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

INGLATERRA. **Health and Social Care Act.** 2012. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/7/contents/enacted>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

ITÁLIA. La Corte Costituzionale. **Sentenza n. 6, Roma.** Consulta Online, Decisioni, 26 junho 1956. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

JELLINEK, George. **Teoría General del Estado.** México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** 70. ed. Lisboa: 1986.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito.** 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”.** Porto Alegre: Fabris, 2002.

\_\_\_\_\_. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, n. 144, out./dez. 1999, p. 239-260.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional,** Belo Horizonte, n. 25, jul./set. 2006, p. 25-40.

LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2003.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Direito à (proteção da) saúde. **Revista da Defensoria Pública,** São Paulo, v. 1, n. 1, jul./dez. 2008, p. 35-73.



LOSANO, Mario Giuseppe (Ed.). **Solidaridad y Derechos Humanos em tempos de crisis**. Madri: Dykinson.

LOVATO, Luiz Gustavo. A proteção à saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos. In: ASSIS, Araken de (coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde**. Porto Alegre: Editora Notadez, 2007.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. La positividad de los Derechos Sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho. **Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid, v. 2, n. 14, p. 151-178, jan. 2006.

\_\_\_\_\_. **La terceira generación de derechos humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

\_\_\_\_\_. Las generaciones de derechos humanos. **Revista Direitos Emergentes da Sociedade Global**, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 163-196, jan/jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editora Tecnos, 1995.

MACHADO SEUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade, democrática como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. 2009. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

MANUEL, Annick; MONTEKIO, Víctor Becerril. Sistema de salud de Chile. **Salud Pública de México**, v. 53, n. 2, 2011, p. 132-143.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARTÍN, Carlos de Cabo. **Teoría Constitucional de la Solidaridad**. Madri: Marcial Pons, 2006.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MBAYA, Etienne-Richard. **Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas**. Palestra proferida no Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, em 30 de novembro de 1995, em São Paulo. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141997000200003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt)>.

MEDINA, Leila Regina Diogo Gonçalves. A dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica brasileira. In: **Direitos Fundamentais Revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Áquilas. A longa batalha pelo financiamento do SUS. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 22, n. 4, 2013.

MERCADANTE, Otávio Azevedo (coord.). Evolução das Políticas e do Sistema de Saúde. In: FINKELMAN, Jacobo (org.). **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002.

MESSNER, Johannes. **La Cuestión Social**. Madrid: Ediciones Rialp, 1960.

MOLLER, Max. **Teoria Feral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Eduardo; PUGLIESI, Marcio (coords.). **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Rodrigo da Silva; PORTO, Silvia Marta; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. **Uma análise da utilização de serviços de saúde por sistema de financiamento**: Brasil 1998-2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_pdf&pid=S1413-81232011001000015&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S1413-81232011001000015&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 15 jan. 2018.

NORONHA, José Carvalho de; UGÁ, Maria Alicia Domínguez. O sistema de saúde dos Estados Unidos. In: BUSS, Paulo Marchiori; LABRA, María Eliana (orgs.). **Sistemas de saúde**: continuidades e mudanças. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1995, p. 177-218.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; QUARESMA, Regina (coords.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TANAKA, Oswaldo Yoshimi. **Reforma(s) e Estruturação do Sistema de Saúde Britânico**: lições para o SUS. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 16, n. 1, jan./abr. 2007, p. 9. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v16n1/02.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

OCED. **Health at a Glance**: OCED indicators 2003. Paris. 2003. Disponível em: <<http://www.oecd.org/site/worldforum/33703777.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. 22 de julho de 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Sistema de Saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: 2016, p. 112-113. Disponível em: <[http://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5213:opas-oms-disponibiliza-publicacao-sobre-organizacao-e-financiamento-do-sistema-de-saude-brasileiro-2&Itemid=843](http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5213:opas-oms-disponibiliza-publicacao-sobre-organizacao-e-financiamento-do-sistema-de-saude-brasileiro-2&Itemid=843)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **World Health Organization Assesses the World's Health Systems**. 2000. Disponível em: <[http://www.who.int/whr/2000/media\\_centre/press\\_release/en/](http://www.who.int/whr/2000/media_centre/press_release/en/)> Acesso em: 2 jul. 2018.

OCDE. **Health Expenditure and Financing**. Disponível em: <<https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=SHA>> Acesso em: 2 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. **Proposal for a taxonomy of health insurance**. 2004. Disponível em: <<https://www.oecd.org/els/health-systems/31916207.pdf>> Acesso em: 1 jul. 2018.

ONU. **Declaração do Direito dos Povos à Paz**. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_28028.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_28028.htm)>. Acesso em: 5 jun. 2018.

PARGA, Milagros María Otero. El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario europeo. *In: La constitución española em el ordenamiento comunitario europeo (I)*: XVI jornadas de estudio. Madri: Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones, 1995, p. 485-506.

PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 81, out./dez. 2012.

PICAZO, Luís-Diez. Los principios generales del Derecho em el pensamiento de F. de Castro. **Anuario de Derecho Civil**, Madri, n. 4, p. 1263-1268.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PISARELLO, Gerardo. **Los Derechos Sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional**. Acórdão 39/84. Declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, nos termos e para os efeitos dos artigos 281.º e 282.º da Constituição, do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de Junho, na parte que revogou

os artigos 18.º a 61.º e 64.º a 65.º da Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro. Disponível em: <<https://dre.tretas.org/dre/20997/acordao-39-84-de-5-de-maio>> Acesso em: 2 jan. 2018.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstituzionalismo e Positivismo Giurídico**. Turim, Giapichelli, 2001, p. 33-35.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo y especificidade de la interpretación constitucional. **DOXA**, Alicante, n. 21, v. 2, p. 339-353.

QUADROS, Fausto de. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário**. Coimbra: Almedina, 1995.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, n. 22, out./dez. 2005.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 9.908, de 16 de junho de 1996**. Dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes e dá outras providências. <[http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid\\_Tipo=TEXTO&Hid\\_TodasNormas=14687&hTexto=&Hid\\_IDNorma=14687](http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=14687&hTexto=&Hid_IDNorma=14687)>. Acesso em: 20 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Oitava Câmara Cível. Apelação nº 70076216977. Relator Desembargador Rui Portanova. Porto Alegre, julgado em 28 jun. 2018. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas\\_k=70076216977&num\\_processo=70076216977&codEmenta=7812755&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=70076216977&num_processo=70076216977&codEmenta=7812755&temIntTeor=true)>. Acesso em: 26 out. 2018).

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 2, n. 2, 2001, p. 49-67.

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: CS Edições, 1994.

RODRIGUEZ-IZQUIERDO- SERRANO, Miryam. **Posibilidades Constitucionales del Principio de la Subsidiariedad**. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2008.

SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. **O princípio da subsidiariedade como critério de delimitação de competências na regulação bancária**. 2018. Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 109.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Madri. **Anuários de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, n. 5, 2001.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça**. Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva – IRDR nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000 de 09.11.2016. Relator: Desembargador Ronei Danielli. Disponível em [http://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/show.do?processo.codigo=P0000I05U12KW&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_9dc51ad0383643f38b40bb127ba87bf9](http://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/show.do?processo.codigo=P0000I05U12KW&uuidCaptcha=sajcaptcha_9dc51ad0383643f38b40bb127ba87bf9). Acesso em: 15 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Sexta Turma de Recursos de Lages. Recurso Inominado nº 0003775-21.2013.8.24.0035. Relatora Juíza Gisele Ribeiro. Lages, julgado em 27 set. 2018. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=Recurso%20Inominado%200003775-21.2013.8.24.0035&only\\_ementa=&frase=&id=AAAgOzAAVAAAw08AAJ&categoria=tr](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=Recurso%20Inominado%200003775-21.2013.8.24.0035&only_ementa=&frase=&id=AAAgOzAAVAAAw08AAJ&categoria=tr). Acesso em: 26 out. 2018.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Primeira Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 1029504-81.2017.8.26.0602. Orvílio Rodrigues dos Santos e Prefeitura Municipal de Sorocaba. Relator Desembargador Aliende Ribeiro. São Paulo, julgado em 2 abril 2018. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11322688&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_7c675db2b86e47d8917981d85730ac78&vlCaptcha=syuru&novoVlCaptcha=>](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11322688&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_7c675db2b86e47d8917981d85730ac78&vlCaptcha=syuru&novoVlCaptcha=>). Acesso em: 26 out. 2018

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 12, out./dez. 2011.

\_\_\_\_\_. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: \_\_\_\_\_. **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-43.

\_\_\_\_\_. Regime jurídico dos direitos fundamentais sociais na Constituição (parte I). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-05/direitos-fundamentais-regime-direitos-fundamentais-sociais-constituicao-parte>. Acesso em: 12 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, p. 137-140.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti(Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 113-146.

SCHÄEFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário, uma proposta de compreensão**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. Durham: Duke University Press, 2008.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, abr./jun. 1998, p. 89-94.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Daniel Tavares da Silva. **Integração, subsidiariedade e autonomias na União Europeia, Portugal e as regiões autônomas dos Açores e Madeira**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional**. São Paulo: Editora Ltr, 1999.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito Fundamental à Saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 128-130.

\_\_\_\_\_. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, 2003, p. 607-630.

SOUZA, Paulo Fernando e. **A Subsidiariedade como Princípio de Organização do Estado e sua Aplicação no Federalismo**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VASAK, Karel. **Pour les Droits de l'Homme de la Troisième Génération: les Droits de Solidarité**. Palestra proferida no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, em 2 de julho de 1979.

VICARÍA EPISCOPAL DE PASTORAL ARQUIDIÓCESIS DE MÉXICO. **Carta Encíclica Quadragésimo Anno**. Disponível em: <[http://www.vicariadepastoral.org.mx/assets/quadragesimo\\_anno.pdf](http://www.vicariadepastoral.org.mx/assets/quadragesimo_anno.pdf)>. Acesso em: 04 out. 2018.

WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford handbook of law and politics**. Nova York: Oxford University Press, 2008.

WILENSKY, Harold L. **The Welfare State and Equality**: structural and ideological roots of public expenditures, Los Angeles: University of California Press, 1975.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho ductil**: ley, derecho y justicia. Traducción de: Marina Gascón, Madrid: Trota, 1995.